J. gall. 110 w

Zur Lehre

des Code Napoleon

von der

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

Von

Dr. Bernhard Windscheid,

Privatdocenten der Rechte an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität.

Düsseldorf.

Verlag von Julius Buddeus.

1847.

Zur Lehre

des Code Napoleon

von der

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

Von

Dr. Bernhard Windscheid,

Privatdocenten der Rechte an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Die Schrift, welche ich hiermit der Oeffentlichkeit übergebe, besteht aus einer Reihe selbstständiger, aber durch ihren gemeinsamen Inhalt zusammengehaltener Abhandlungen. Vollständig ist in denselben dargestellt, was man den allgemeinen Theil der Lehre von der Ungültigkeit nennen könnte; von den einzelnen Ungültigkeitsgründen sind nur einige behandelt worden. Die erste Abhandlung beantwortet die Frage, wann man annehmen dürfe, daß der C. N. eine Ungültigkeit habe verfügen wollen. Die zweite, dritte und vierte Abhandlung beschäftigen sich mit einer besonderen Art der Ungültigkeit, der Anfechtbarkeit, während der Gegensatz derselben, die Nichtigkeit, als das Einfachere, eine abgesonderte Betrachtung nicht nöthig machte. In der zweiten Abhandlung war vor Allem gegen die herrschende Meinung auszuführen, daß der C. N. eine Anfechtbarkeit wirklich kenne, und daß seine action en nullité ou en rescision eben zur Geltendmachung dieser Art der Ungültigkeit bestimmt, nicht aber eine Klage sei, mit welcher auch die Nichtigkeit durchgeführt werden müsse.

Sodann mußte festgestellt werden, in welchen Fällen der C. N. eine bloße Anfechtbarkeit eintreten lasse. Dies ist die Aufgabe der dritten Abhandlung, während die vierte sich damit beschäftigt, die Voraussetzungen und Wirkungen der action en nullité ou en rescision näher anzugeben. Die fünfte Abhandlung endlich handelt wieder von der Ungültigkeit im Allgemeinen, und beantwortet die Frage, durch welche Thatsachen dieselbe wiederaufgehoben, geheilt werden könne. — Von den einzelnen Ungültigkeitsgründen habe ich in der sechsten, siebenten und achten Abhandlung die Minderjährigkeit, die zusammengehörigen, Zwang, Betrug, Irrthum, und den Mangel der cause einer näheren Betrachtung unterworfen. Ich habe mich bei dieser Auswahl theils durch die größere Bestrittenheit und Dunkelheit der darzustellenden Lehre, theils durch ihre größere Geeigentheit, daran den eigenthümlichen Character der Abfassung des C. N. aufzuweisen, bestimmen lassen. Die neunte Abhandlung endlich bildet ein Supplement zu den vorhergehenden. In denselben mußte mehrfach auf die besondere Gestalt verwiesen werden, welche der Begriff des Vertrages im C. N. angenommen habe, sie weist diese Gestaltung näher nach.

Die Grundsätze, nach welcher ich bei der Interpretation des C. N. verfahren bin, bedürfen, da sie nicht allgemein als die richtigen anerkannt sind, einer Rechtfertigung.

Nach einer sehr verbreiteten Ansicht soll es bei der Interpretation des C. N. hauptsächlich darauf ankommen, ihn aus sich selbst zu erklären, d. h., um mit Zachariae zu reden, jeden Artikel theils mit sorgfältiger Erwägung

seiner Wortfassung, theils in dem Sinne auszulegen, welchen er durch seinen Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften des Gesetzbuches erhalte. Ich glaube aber, daß diese Interpretationsmittel gerade im C. N. unsicherer sind, als irgendwo. Denn die Wortfassung seiner Verfügungen wird verhältnißmäßig nur selten mit solcher Nothwendigkeit auf eine Erklärung hinweisen, daß keine andere möglich wäre; seine vielgerühmte Präcision im Ausdrucke ist häufig genug nur eine äußere, nicht jene wahre innere, welche sich aus der vollständigen Klarheit des Gedankens ergibt; selbst seine Terminologie ist nicht selten schwankend. Der Schluß aber aus dem Sinne einer seiner Verfügungen auf den Sinn einer anderen ist noch weit mißlicher. Denn nicht nur kann er in keiner Weise von dem Vorwurfe freigesprochen werden, daß er häufig nur eine bestimmte einzelne Erscheinung eines Rechtsgeschäftes vor Augen gehabt, die Totalität desselben anzuschauen nicht verstanden habe: sondern es ist auch, namentlich in Folge der verschiedenen Redactionen, durch welche er hindurchgegangen ist, nicht selten bei einer Verfügung vergessen worden, daß eine andere dazu nicht passende bereits aufgenommen worden sei, oder man hat nicht bedacht, daß durch eine an einer Verfügung vorgenommene Aenderung auch der Sinn einer anderen zu ihr in Beziehung stehenden, welche man nicht ändern wollte, alterirt werde. Meiner Ansicht nach dürfen daher diese Interpretationsmittel selbst da, wo wir auf sie beschränkt sind, nur mit großer Vorsicht benutzt werden. In sehr vielen Fällen aber bieten sich uns andere, zu sichereren Resultaten führende, in ihrem Werthe, aber wie

J. gall. 110 w

es mir scheint, nicht gehörig anerkannte, dar. Es sind das die Discussionen und das ältere französische Recht.

Der Werth der Discussionen für die Interpretation des C. N. beruht darauf, daß in ihnen diejenigen Männer über den Sinn seiner Verfügungen sich erklärt haben, von welchen dieselben verfaßt worden sind. Hiernach ist allerdings ihren verschiedenen Theilen nicht gleiche Bedeutung zuzuerkennen. Die erste Stelle ist den Staatsrathsberathungen und den Bemerkungen der Gesetzgebungssection des Tribunates anzuweisen; denn sie enthalten die Gründe, aus welchen der Entwurf der Redactoren entweder unverändert angenommen, oder so modificirt worden ist, wie er jetzt als Gesetz auftritt. Freilich wird man bei der Benutzung der Staatsrathsberathung mit Vorsicht zu verfahren haben, damit man nicht für Ansicht des Staatsrathes hatte, was nur die persönliche Ansicht einzelner seiner Mitglieder war. Auch ist nicht zu leugnen, daß dieselbe uns nicht selten bei den wichtigsten Fragen verläßt, dieselben entweder gar nicht, oder in einem Hin- und Herreden berührt, welches zu keinem Resultate geführt hat. Daher bilden eine sehr wichtige Ergänzung derselben die Reden, womit die Regierungscommissare dem gesetzgebenden Körper die Annahme der einzelnen Gesetzentwürfe empfohlen haben. Ich glaube diesen Reden — gegen die gewöhnliche Meinung — gleichen Werth beilegen müssen, wie der Staatsrathsberathung und den Bemerkungen des Tribunates. Denn diese Reden sind von Männern verfaßt worden, die entweder Redactoren oder doch Mitglieder der Gesetzgebungssection des Staatsraths waren, durch welche der erste Entwurf der Redactoren,

unter Zuziehung derselben, eine oft sehr durchgreifende Umarbeitung erfahren hat, — von Männern also, welche über den Sinn von Verfügungen berichten, an deren Abfassung sie den unmittelbarsten Antheil genommen haben. Zwar ist es möglich, daß sie in einzelnen Fällen nur ihre persönliche Meinung vorgetragen haben, und daher bin ich allerdings der Ansicht, daß eine Kritik ihrer Aussprüche nicht ausgeschlossen werden darf; aber wo diese Kritik keine Gründe für das Gegentheil ergibt, wird man, glaube ich, anzunehmen haben, daß in denselben der wahre Sinn derjenigen ausgedrückt sei, von welchen die erläuterte Verfügung ausgegangen ist. Dagegen darf allerdings den Reden der Berichterstatter der Gesetzgebungsection des Tribunates und des Tribunates selbst nur ein untergeordneter Werth zugesprochen werden. Denn diese Männer haben über den C. N. als Dritte über ein Werk Dritter berichtet. Eine Ausnahme machen nur auch hier wieder die Bemerkungen, welche die Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunates über diejenigen Verfügungen gemacht haben, welche auf Antrag dieser Section aufgenommen worden sind oder ihre definitive Gestalt erhalten haben.

Die Bedeutung des älteren französischen Rechtes für die Interpretation des C. N. ist darin begründet, daß derselbe verhältnißmäßig wenig neues Recht enthält, daß er in den meisten Materien nur dasjenige Recht, welches er vorfand, mit einzelnen Modificationen hat wiedergeben wollen. Daher ist bei der Erläuterung dieser Materien von dem Satze auszugehen, das die Aussprüche der Redactoren so lange in dem Sinne, welchen das ältere Recht

damit verband, zu verstehen seien, als uns nicht bestimmte Gründe zu der Annahme nöthigen, daß sie von demselben haben abweichen wollen. Man hat auf das Gefährliche dieses Interpretationsmittels aufmerksam gemacht, und ich will gerne zugestehen, daß eine unverständige Benutzung desselben dem C. N. schon manches Mal Schaden gebracht habe. Aber das darf uns kein Grund sein, es ganz bei Seite zu setzen, es muß uns nur bestimmen, bei dem Gebrauche desselben mit Vorsicht und Umsicht zu verfahren. Die Hauptsache bleibt immer eine umfassende und gründliche Kenntniß des älteren Rechtes; ob der C. N. nicht davon habe abweichen wollen, ist schon mit mehr Sicherheit zu bestimmen. Freilich ist in dieser Beziehung noch sehr viel zu thun; in den Ländern deutscher Zunge, in welchen der C. N. gilt, liegt, so weit ich sehe, das Studium des älteren französischen Rechtes ganz darnieder. Allerdings ist es in denselben schwierig, sich nur die nöthigen Hülfsmittel zu verschaffen. Ich habe mich bei dieser Arbeit hauptsächlich auf die Institutionencompendien von Serres und Argou, die lois civiles von Domat, und Merlin's Répertoire beschränkt gesehen; einige Ausbeute lieferte auch das dictionnaire de droit von Ferrieres. Pothier ist gerade in den hier behandelten Materien von den Redactoren wenig benützt worden; auch ist bei dem Gebrauch desselben überhaupt Vorsicht zu empfehlen, da nicht selten selbst in den Materien, in welchen er vollständig zu Grunde gelegt und fast nur excerpirt worden ist, sich Auffassungen finden, welche von den seinigen abweichen. Ich werde es dankbar anerkennen, wenn Andere, welche sich im Besitze umfassenderer Hülfsmittel befinden, das

hier Gesagte ergänzen oder auch berichtigen wollen; es liegt der Wissenschaft viel weniger daran, daß in Beziehung auf die hier behandelten Punkte das Richtige aufgezeigt sei, als daran, daß ein Weg mehr betreten werde, welcher in vielen Fällen der einzige ist, auf welchem die Interpretation zu sicheren Resultaten gelangen kann.

Wenig Werth ist für dieselbe auf die Bemerkungen der Gerichtshöfe zu legen. Zuweilen ist aus ihnen Aufklärung über die Gründe zu gewinnen, aus welchen die Gesetzgebungscommission des Staatsraths den ersten Entwurf der Redactoren umgeändert hat, aber im Ganzen doch nicht oft. Die Protocolle dieser Section sind, was höchlichst zu bedauern ist, nie veröffentlicht worden. Wo ein von ihr umgeänderter Artikel vom Staatsrathe ohne weitere Discussion angenommen worden ist, bleiben immer die Reden der Regierungscommissare das beste Hülfsmittel für Feststellung seines Sinnes.

Ich habe im Laufe dieser Abhandlungen nicht umhin gekonnt, manchen Tadel über den C. N. auszusprechen. Ich weiß, daß ich damit weit verbreiteten und lieb gewonnenen Ueberzeugungen entgegen trete, aber ich vertraue, daß das nicht von vorne herein gegen diese Schrift einnehmen und nicht von einer ruhigen Prüfung der Gründe abhalten wird, mit welchem sie ihre Behauptungen stützt. Ich meine, jeder geistige Besitz wird am Meisten geehrt durch eine gedankenmäßige Prüfung, und Alles darf negirt werden, was sich vor dem Forum der Wissenschaft nicht zu rechtfertigen vermag. Auch läßt mein Urtheil das politische Element des C. N. ganz unberührt; eine Kritik der Principien, von welchen er bei der Sanction des neuen Rechtes,

welches er enthält, ausgegangen ist, lag nicht in der Aufgabe dieser Arbeit. Sie betrachtet das Gesetzbuch nur von seiner technischen Seite, und fällt ein Urtheil nur über die Art und Weise, in welcher seine Verfasser den gegebenen Rechtsstoff wissenschaftlich verarbeitet haben. Dieses Urtheil aber war mit der Darstellung selbst gegeben; ich hätte es nicht unterdrücken können, auch wenn ich gewollt hätte.

Die Verfasser des C. N. vereinigten ohne Zweifel in sich die wissenschaftlichen Kräfte ihrer Zeit und ihres Landes. Aber das Maaß unserer Kräfte ist größer, nicht durch unser Verdienst, sondern weil uns eine Wissenschaft ganz anderen Reichthums und ganz anderer Tiefe erzogen hat, als jene. Der Errungenschaft dieser Wissenschaft, einer Frucht deutschen Geistes, haben auch die neueren Franzosen sich noch nicht vollständig theilhaftig gemacht, und ich meine, daß uns, die wir die deutschen Gebiete bewohnen, in welchen der C. N. gilt, die schöne Aufgabe zu Theil geworden ist, die Schätze derselben für ihn nutzbar zu machen. Einen Versuch dazu habe ich in dieser Schrift machen wollen. Es ist nicht an mir zu sagen, ob er gelungen sei, aber ich will mich gerne bescheiden, daß er es nicht sei, wenn er nur Etwas dazu beiträgt, die reichen Kräfte meiner heimathlichen Provinz einer Thätigkeit zuzuwenden, welcher sie sich nur gar zu lange entschlagen haben. In der That, was haben wir in den vierzig Jahren, während deren wir den C. N. besitzen, für denselben gethan? So gut wie gar nichts im Verhältnisse zu dem Stoffe, welcher der Bearbeitung harrt. Möge uns die Thätigkeit der Franzosen ein Vorbild sein! Wir dürfen nicht eher ruhen, bis eine vollständige monographische Darstellung

sämmtlicher Materien des Gesetzbuches vor uns liegt. Dann erst werden wir auch sagen dürfen, daß wir unser Recht wahrhaft besitzen; denn dann erst werden wir im Stande sein, das Echte und Bleibende in demselben von demjenigen zu sondern, worüber uns die Entwickelung der Wissenschaft hinausgeführt hat, was nicht mehr unser ist, sondern mit der Zeit, welche es geboren hat, gestorben.

Auf die Litteratur und Praxis habe ich, so weit meine Hülfsmittel gereicht haben, sorgfältig Rücksicht genommen. Von den Monographien über die Nullitäten ist mir zu meinem Bedauern nur die von Perrin zugänglich gewesen; im Uebrigen aber ist wohl das Hauptsächlichste benützt worden. Meine Citate hätte ich leicht vollständig machen können, wenn ich es mir nicht zum Gesetze gemacht hätte, nur dasjenige zu citiren, was ich selbst eingesehen habe. Wo ich aus besonderen Gründen von diesem Gesetze abgewichen bin, habe ich es jedes Mal bemerkt.

Bonn, im November 1846.

Der Verfasser.

sämmtlichen [illegible] des [illegible] vor und liegt Dann erst werden wir auch sagen [illegible], daß wir unsere Absicht vollständig erreicht; denn dann erst werden wir im Stande sein, [illegible] [illegible] in [illegible] [illegible] zu [illegible], [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] hat, das nicht [illegible] ist, [illegible] [illegible] der [illegible], [illegible] [illegible] [illegible] ist.

[illegible] [illegible] die [illegible] und [illegible] [illegible] ich, so [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] haben, [illegible] [illegible] [illegible]. [illegible] den [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] zu [illegible] [illegible] und [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]; im [illegible] aber ist [illegible] das [illegible] [illegible] werden. [illegible] [illegible] [illegible] ich [illegible] [illegible] machen können, wenn ich es [illegible] nicht [illegible] [illegible] [illegible] hätte, [illegible] [illegible] zu [illegible], [illegible] [illegible] [illegible] habe. Aus [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ist, habe ich [illegible] jener Mal [illegible].

Bonn, im November 1840.

Der Verfasser.

Auflösung der abgekürzten Citate und Angabe der benützten Ausgaben.

Domat = Lois civiles dans leur ordre naturel. Paris 1713. fol.

Serres = Institutions du droit français. Paris 1753. 4.

Argou = Institution au droit français. 11ième éd. Paris 1778. 8.

Projet = Projet de Code civil, présenté par la commission nommée par le Gouvernement le 24. thermidor an 8. Paris IX. 8.

Disc. part., publ. = Discussion particulière, publique. Ich citire die erstere (die Staatsrathsberathung und die Bemerkungen der Gesetzgebungssection des Tribunats) nach der bei Didot in Paris im Jahre 1805 in 8 Duodezbänden unter dem Titel: „Conférence du Code civil avec la discussion particulière du conseil d'état et du tribunat" erschienenen Ausgabe, die discussion publique (die Reden der Regierungscommissare und der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats und des Tribunates selbst) nach der im Jahre 1808 bei demselben Verleger und in demselben Formate erschienenen Ausgabe, welche den Titel führt: »Code Napoléon, suivi de l'exposé des motifs sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement, des rapports faits au tribunat etc«.

Maleville = Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'état. 2ième édition. Paris 1807. 8.

Perrin = Traité des nullités de droit en matière civile. Lons-le-Saulnier 1816. 8.

Delvincourt = Cours de Code Napoléon. Paris 1813. 4. Die neueste Ausgabe habe ich leider nicht einsehen können.

Toullier = Le droit civil suivant l'ordre du Code. Paris 1819 s. 8.

Duvergier = die Fortsetzung des Werkes von Toullier unter demselben Titel, aber mit besonderer Bändezählung. Paris 1835 s. 8.

Duranton = Cours de droit civil suivant le Code français. Bruxelles 1841. 8. Ich citire die Bände aber nach der Pariser Ausgabe.

Boileux = Commentaire sur le Code civil. 5ième éd. Paris 1842. 8.

Codes français annotés = par Teulet, d'Auvilliers et Sulpicy, publiés par Patris. Paris 1843. 8.

S. = die Sammlung der Urtheile der französischen Gerichtshöfe von Sirey und Devilleneuve.

Grolman = Ausführliches Handbuch über den C. N. Giessen 1810 bis 1812. 8.

Zachariae = Handbuch des französischen Civilrechts. 4. Ausgabe. Heidelberg 1837. 8.

Stabel = Vorträge über das französische und badische Civilrecht. Freiburg 1843. 8.

Inhalt.

Seite

I. Ueber die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte im Allgemeinen 1

II. Die Bedeutung der action en nullité ou en rescision . 29

III. Der Umfang der action en nullité ou en rescision . . 76

IV. Die Voraussetzungen und die Wirkungen der action en nullité ou en rescision 143

V. Ueber die Heilung der Ungültigkeit 159

VI. Ueber die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte des Minderjährigen 189

VII. Ueber die durch Zwang, Betrug, Irrthum begründete Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte 245

VIII. Ueber die cause des obligations 270

IX. Ueber den Begriff des Vertrages im Code Napoleon . . 323

I.

Ueber die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte im Allgemeinen.

I.

Unter Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte verstehe ich die Unfähigkeit derselben, die von ihnen beabsichtigten Wirkungen hervorzubringen.

Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte ist daher diejenige Unwirksamkeit derselben zu unterscheiden, welche kraft einer Selbstbeschränkung des in ihnen erklärten Willens, also kraft dieses Willens selbst, oder kraft eines späteren, ein wesentliches Erforderniß ihres Bestandes nicht hinwegnehmenden Ereignisses nach gesetzlicher Vorschrift eintritt. In beiden Fällen ist der Grund ihrer Unwirksamkeit nicht ihre Unfähigkeit.

In der Ungültigkeit ist ein Gegensatz denkbar.

Entweder ist das ungültige Rechtsgeschäft gar nicht vorhanden, das Gesetz erkennt wegen eines ihm anklebenden Mangels seine Existenz überhaupt nicht an, oder der Mangel läßt zwar das Rechtsgeschäft an und für sich zu Stande kommen, gibt aber bestimmten Personen das Recht, dasselbe anzufechten und umzustoßen. Die Ungültigkeit der ersten Art nenne ich Nichtigkeit, die der zweiten Anfechtbarkeit.

Von diesem Gegensatze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit soll in dieser Abhandlung nicht die Rede sein. Ob der C. N. ihn kenne, ist bestritten; auf jeden Fall, wenn er

ihn kennt, läßt er ihn in der Bezeichnung nicht immer hervortreten, sondern gebraucht den Ausdruck „nullité" in derselben Allgemeinheit, wie hier „Ungültigkeit" gebraucht worden ist. Von dieser allgemeinen, gegensatzlosen nullité [1]) soll hier gehandelt und in Beziehung auf sie die Frage beantwortet werden: Unter welchen Voraussetzungen sind wir berechtigt, nullité anzunehmen? Sind wir dazu nur da berechtigt, wo das Gesetz ein Rechtsgeschäft ausdrücklich für nul erklärt hat, oder bedarf es einer solchen ausdrücklichen Erklärung nicht?

Die Frage ist nicht unbestritten. Um eine sichere Basis für ihre Beantwortung zu gewinnen, will ich die verschiedenen Bezeichnungen, welche der C. N. gebraucht, um seine Mißbilligung eines Rechtsgeschäfts auszudrücken, durchgehen und die Bedeutung und Kraft eines jeden einzelnen festzustellen suchen.

II.

Es gibt eine Reihe von Artikeln, in welchen der C. N. ein Rechtsgeschäft geradezu für nul erklärt; ihre Anzahl ist jedoch verhältnißmäßig nicht sehr groß. Es sind folgende: a. 176, 225, 271, 472, 502, 503, 622, 896, 911, 931, 943, 944, 945, 965, 984, 987, 1001, 1021, 1078, 1099, 1110, 1111, 1116, 1117, 1172, 1174, 1227, 1443, 1444, 1445, 1451, 1453, 1521, 1538, 1596, 1597, 1599, 1601, 1628, 1811, 1819, 1855, 1970, 2055, 2056, 2057, 2063, 2078, 2088, 2185.

Doch finden sich in andern Artikeln andere Ausdrücke und Redensarten, wodurch die Ungültigkeit eines Rechtsge-

1) In einer Darstellung der Lehre des C. N. scheint es zweckmäßig, sich an den Sprachgebrauch desselben möglichst nahe anzuschließen. Ich werde daher in diesen Abhandlungen von „Nullität" in demselben Sinne sprechen, wie der C. N. von „nullité"; ich verstehe darunter Ungültigkeit, nicht Nichtigkeit.

schäfts ebenso unzweifelhaft bezeichnet wird, als durch die Worte nul und nullité. Dahin gehören folgende:

non valable.

Art. 1109. Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur...

Art. 1241. Le paiement fait au créancier n'est point valable, s'il était incapable de le recevoir...

Art. 2132. L'hypothèque conventionelle n'est valable qu'autant que la somme, pour laquelle elle est consentie, est certaine et déterminée par l'acte... Ebenso Art. 2129. Il n'y a d'hypothèque conventionelle valable que celle, qui.. déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles...

Ueberhaupt wird dieser Ausdruck hauptsächlich da gebraucht, wo ein Rechtsgeschäft für ungültig für den Fall erklärt wird, daß bestimmte Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Vergl. Art. 400, 467, 948, 1338, 1396 [2]).

non obligatoire.

Art. 815. On peut.. convenir, de suspendre le partage pendant un temps limité: cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans.

Ebenso im Art. 1429. Vergl. auch Art. 932.

sans effet, ne produit aucun effet etc.

Art. 1527. ..toute convention, qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au-delà de la portion reglée par

2) In gleichem Sinne wird »non valable« im Art. 1325 von einer Beweisurkunde gebraucht.

Art. 1325. Les actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables, qu'autant.. .

Vergl. damit Art. 1338. L'acte de confirmation ou ratification n'est valable que...

Im ersten Artikel bezeichnet acte die Beweisurkunde, im zweiten das Rechtsgeschäft.

l'art. 1098 au titre des donations entre-vifs et des testamens *sera sans effet* pour tout l'excédant de cette portion.

Art. 1131. L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite *ne peut avoir aucun effet.*

Art. 1974. Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne, qui était morte au jour du contrat, *ne produit aucun effet.*

Vergl. Art. 794, 910, 932 (la donation.. *n'engagera le donateur et ne produira aucun effet*), 1397, 1430, 2106, 2146[3]).

comme non avenu.

Art. 318. Tout acte extrajudiciaire contenant le désaveu de la part du mari.. sera comme non avenu...

Ebenfalls gleichbedeutend ist die Aussage, daß unter bestimmten Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft gar nicht vorhanden sei.

Art. 1587. A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses, que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, *il n'y a point de vente* tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agrées.

Vergl. Art. 146, 1592.

III.

Schon indirecter sind die Verfügungen, wodurch ein Rechtsgeschäft für verboten oder nur unter gewissen Voraussetzungen erlaubt erklärt wird.

Art. 161. En ligne directe le mariage *est prohibé* entre tous les ascendans et descendans légitimes ou naturels et les alliés dans la même ligne.

Art. 896. Les substitutions *sont prohibées.*

---

3) S. aber, was den Art. 1397 angeht, den §. 10 der dritten Abhandlung.

Vergl. Art. 1837. Auch Art. 513, 1598.

Art. 2063. . . *il est défendu*.. à tous Français, de consentir pareils actes. . .

Art. 343. L'adoption *n'est permise* qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe âgées de plus de cinquante ans qui.. .

Doch kann die Bedeutung auch dieser Ausdrücke nicht zweifelhaft sein. Irgend welche Wirkung muß doch das Verbot eines Rechtsgeschäfts haben; wir müßten denn annehmen, daß der C. N. sich darin gefallen habe, gute Rathschläge zu geben und diese Rathschläge in der Form von Verboten auszudrücken. Diese Wirkung kann aber nur entweder juristische Unwirksamkeit der gegen das Verbot vollzogenen Handlung, oder Strafe des Handelnden sein; ein Drittes sehe ich nicht. Von einer solchen Strafe nun ist in den Artikeln, womit wir uns hier beschäftigen, nicht die Rede; also müssen wir dem Verbote die andere Wirkung beilegen.

Ueberdies erklärt der Art. 896 den Satz „les substitutions sont prohibées" ausdrücklich dahin, daß jede derartige Verfügung nichtig sei, (sera nulle).

Ebenso Art. 2063. Daß man hieraus nicht umgekehrt a contrario schließen dürfe, daß die Nichtbeachtung des gesetzlichen Verbots Nullität da nicht zur Folge habe, wo sie nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, ergibt sich daraus, daß das Verbot der Ehe zwischen De- und Ascendenten, welches doch gewiß ein vernichtendes Ehehinderniß begründet, ohne Androhung der Nullität gegeben ist.

Ich sehe daher nicht ein, mit welchem Recht man in den Bestimmungen des Art. 348: Le mariage est prohibé entre l'adoptant, l'adopté et ses descendans etc. etc. die Verfügung nicht eines trennenden, sondern nur eines aufschiebenden Ehehindernisses finden will[4]), um so weniger, als sowohl der

4) Zachariae III. §. 468. Note 2.

Redner der Regierung im gesetzgebenden Körper als der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats dieses Ehehinderniß dem durch Blutsverwandtschaft begründeten ausdrücklich gleichstellen [5]).

IV.

Noch indirecter ist der von dem C. N. sehr häufig gebrauchte Ausdruck „ne peut". Es wird gesagt, daß eine bestimmte Person, oder Jeder überhaupt ein bestimmtes Rechtsgeschäft nicht abschließen könne, z. B.

Art. 144. L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage.

Art. 1600. On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement; —

wobei mit dem activen Ausdrucke der passive wechselt, z. B.

Art. 1543. La dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage.

Oder es wird gesagt, daß ein Rechtsgeschäft in bestimmter Weise nicht stattfinden, nicht existiren könne, z. B.

Art. 346. L'adoption ne pourra en aucun cas *avoir lieu* avant la majorité de l'adopté.

Art. 1595. Le contrat de vente ne peut *avoir lieu* entre époux que dans les trois cas suivans...

Art. 2012. Le cautionement *ne peut exister* que sur une obligation valable;

oder, daß ein Rechtsgeschäft einen bestimmten Inhalt nicht haben könne z. B.

Art. 943. La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présens du donateur.

---

5) Disc. publ. III. p. 132. 152.

Art. 1918. (le dépôt) — ne peut avoir pour objet que des choses mobilières;
oder daß ein einmal abgeschlossenes Rechtsgeschäft keine Veränderung erleiden könne,

Art. 1395. Elles (les conventions matrimoniales) ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage.

Bleibt man aber zunächst bei dem Wortsinne stehen, so kann auch in diesem Ausdrucke nur die Verfügung einer Nullität für den Fall, daß dasjenige, was nicht geschehen kann, dennoch geschieht, gefunden werden. Eine Person kann ein bestimmtes Rechtsgeschäft nicht abschließen, was heißt das? Das kann heißen: diese Person hat nicht die Macht dazu, natürlich die rechtliche, da von einer physischen hier nicht die Rede sein kann; sie ruft also, wenn sie es dennoch thut, diejenigen rechtlichen Folgen nicht hervor, die sie hervorzubringen beabsichtigt hat; ihre Handlung bleibt ein reines Factum. Es kann auch heißen: diese Person hat nicht die Befugniß dazu, sie handelt, indem sie es thut, gegen den Willen des Gesetzes. Damit wäre über die Wirkung des dennoch abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zunächst noch nichts ausgesprochen; „il ne peut" würde nicht heißen: „er kann nicht", sondern: „er darf nicht", und es läßt sich wohl denken, daß derjenige, welcher eine Rechtshandlung vornimmt, die er nicht vornehmen darf, dennoch die von ihm beabsichtigten rechtlichen Wirkungen erreiche. Es läßt sich auch zugeben, daß das „il ne peut" des C. N. gerade diesen Sinn, nicht den ersteren, habe. Denn es wird auch von rein factischen Handlungen gebraucht, worauf nicht der Begriff des rechtlichen Könnens, sondern nur der der rechtlichen Befugniß Anwendung findet. Wenn es z. B. im Art. 675 heißt: L'un des voisins *ne peut* sans le consentement de l'autre pratiquer dans le mur mitoyen

aucune fenêtre ou ouverture..., so heißt das nicht: „der Nachbar kann" — sondern es heißt: „der Nachbar darf kein Fenster in der gemeinschaftlichen Mauer anbringen". — Aber selbst wenn wir dabei stehen bleiben, daß das „il ne peut" auch da, wo es von Rechtsgeschäften gebraucht wird, nur die rechtliche Befugniß leugne, nicht die rechtliche Macht, so ist es doch auf jeden Fall nöthig, daß der Mangel dieser rechtlichen Befugniß irgend welche Folge habe; zu welchem Ende wäre sonst die gesetzliche Verfügung gegeben? Und diese Folge kann wieder nur entweder Nullität des dennoch abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, oder Strafe für den Abschließenden sein. Wo ist aber von Strafe die Rede, wenn es heißt, daß man vor Erreichung eines bestimmten Alters keine Ehe, über die Erbschaft eines Lebenden keinen Vertrag abschließen dürfe? Also bleibt nur die andere Alternative über, — und dasselbe gilt von allen gleichen Fällen, d. h. von der Mehrzahl aller im C. N. vorkommenden mit „ne peut" concipirten Verfügungen. Die Ausnahmen werde ich sogleich angeben.

Wenn es sodann von Rechtsgeschäften heißt, daß sie gar nicht, oder unter bestimmten Voraussetzungen nicht stattfinden oder existiren können, so liegt hier selbst die Möglichkeit des Gedankens an eine Strafe im Falle das Rechtsgeschäft dennoch abgeschlossen würde, da eine solche Verfügung sich nicht unmittelbar an Personen wendet, ferner, und der nächstliegende und natürlichste Sinn derselben bleibt immer: das Rechtsgeschäft hat nicht die Kraft zu existiren.

Hierzu kommt nun, daß einzelnen der mit „ne peut" concipirten Verfügungen des C. N. die Androhung der Nullität ausdrücklich hinzugefügt ist, mit diesen aber andere, denen sie fehlt, dermaßen gleichartig sind, daß man volles Recht hat, sie in denselben, also auch in allen übrigen, zu suppliren. Zum Beweise hebe ich folgende Beispiele heraus:

Art. 307. (La séparation de corps) — ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux.

Art. 1443. La séparation de biens ne peut être poursuivie, qu'en justice... Toute séparation volontaire est nulle.

Art. 1076. Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présens.

Es ist von der divisio parentum inter liberos die Rede, welche durch Act unter Lebenden gemacht eine Schenkung ist. Daher wird auch jene für die Schenkung geltende Bestimmung auf sie ausgedehnt. Für die Schenkung selbst aber ist sie folgendermaßen ausgesprochen:

Art. 943. La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présens du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

Man vergleiche ferner folgende beiden Artikel, welche für verschiedene Arten der Viehpacht dasselbe bestimmen.

Art. 1811. On ne peut stipuler, que le preneur supportera la perte totale du cheptel.. Toute convention semblable est nulle.

Art. 1828. On ne peut pas stipuler, que le colon sera tenu de toute la perte.

Demnach halte ich es für gänzlich ungerechtfertigt, den in den Art. 228, 295, 297 und 298 verfügten Ehehindernissen nur aufschiebende, nicht trennende Kraft beizulegen, wie das Toullier,[6]) Duranton[7]) und Zachariae[8]) thun.

Art. 228. La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précedent. Vergl. Art. 296.

---

6) I. n. 651.
7) I. n. 173 f.
8) III. §. 468 Note 4. 6. 8. 10.

Art. 295. Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir.

Art. 297. Dans le cas de divorce par consentement mutuel aucun des deux époux ne pourra contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce.

Art. 298. Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice.

Auch hier wird der allgemeine, hier geltend gemachte Interpretationsgrund durch die Discussionen unterstützt[9]. Nur

---

9) Was die Bestimmung des Art. 295 angeht, so wollte die Gesetzgebungssection des Tribunats den wegen bestimmter Ursache geschiedenen Ehegatten die Möglichkeit einer Wiedervereinigung für den Fall des Vorhandenseins von Kindern gewähren. „Cette faculté, sagte sie, rend les répentirs *utiles*, elle ouvre *des moyens de réparer des torts.*" Man antwortete, daß die Ehe kein im Interesse der Kinder vorhandener Contract sei. Man stritt hier offenbar um die Möglichkeit der Existenz der Ehe. (Disc. part. II. p. 243. 246.) Und noch unzweifelhafter sind die in der Discussion publique gemachten Aeußerungen. „Le divorce", sagte der Redner der Regierung im gesetzgebenden Körper, Treilhard, „le divorce ne doit être prononcé que sur la preuve d'une nécessité absolue et lorsqu'il est bien démontré à la justice que l'union entre les deux époux est impossible: cette impossibilité une fois constante la réunion ne pourrait être qu'une occasion nouvelle de scandale. Il importe, que les époux soient d'avance pénétrés de toute la gravité de l'action, qu'ils vont intenter, qu'ils n'ignorent pas, *que le lien sera rompu sans retour*, et qu'ils ne puissent pas regarder l'usage du divorce comme une simple occasion de se soumêttre à des épreuves passageres, pour reprendre ensuite la vie commune, quand ils se croiraient suffissament corrigés." Diese und die folgenden Bemerkungen Treilhard's (Disc. publ. II. p. 339. 340.), so wie diejenigen, die er gemacht hat, als er zum zweiten Mal im gesetzgebenden Körper über den Titel von der Ehescheidung das Wort ergriff (ib. p. 417. 418), lassen meiner Ansicht nach nicht den mindesten Zweifel daran übrig, daß es eine vollständige Verkennung der Absicht des Gesetzes

was die Bestimmung des Art. 228 angeht, könnte man zweifeln, ob nicht die Rücksicht auf das ältere Recht, welches die innerhalb des Trauerjahrs abgeschlossene Ehe allerdings nicht als nichtig anerkannte [10]) als beide Argumente überwiegend angesehen werden müsse. Doch tritt diese Bestimmung da wo sie im Art. 296 für einen einzelnen Fall wiederholt wird im Gesetzbuch sowohl als in den Discussionen (Disc. publ. II. p. 339. 360) zu bestimmt als den Verfügungen der Art. 295, 297 und 298 durchaus gleichartig auf, als daß man ihr einen andern Sinn wie diesen beizulegen sich für berechtigt halten könnte. Allerdings wird im Code pénal auch dem Civilstandsbeamten, welcher vor dem Ablauf des 10. Monats die Ehe abschließt, Strafe gedroht. Aber der Code pénal ist ein späteres Werk, aus dessen Bestimmungen auf den Sinn der Verfügungen des viel früheren C. N. nicht geschlossen werden darf [11]).

---

sein würde, die Wiedervereinigung der geschiedenen Ehegatten als rechtsbeständig anzusehen.

Die Bestimmung des Art. 297 führt derselbe Redner der Regierung unter den Mitteln an, wodurch der Mißbrauch der Ehescheidung durch Consens verhindert werden soll: „ainsi se trouve écartée la perspective d'une union avec l'objet de quelque passion nouvelle“. Disc. publ. II. p. 331. 332.

Der erste Entwurf des Art. 298 nahm der ehebrecherischen Frau die Befugniß, sich wieder zu verheirathen ganz. Gegen diese Bestimmung machte man im Staatsrathe geltend, daß sie den Sitten gefährlich werden könne, „en fournissant une excuse au libertinage de cette femme“, daß es daher besser sei, die Unfähigkeit der Frau auf ihren Mitschuldigen zu beschränken. (Disc. part. II. p. 247. 248.) Der Redner der Regierung sagte über Art. 298: „L'époux adultère ne pourra jamais se marier avec son complice; il ne doit pas trouver dans le jugement, qui le condamne un titre et un moyen de satisfaire une passion coupable.“ Disc. publ. II. p. 339.

10) Sogar die Strafen des röm. Rechts lebten nur in einzelnen Gewohnheitsrechten fort. Merlin Rép. s. v. noces (second.) §. 2 n. 1.

11) S. auch die sehr gute Ausführung bei Grolman I. S. 365 f.

Ich kenne nur zwei gesetzliche Verfügungen, in welchen „ne peut“, von einer Rechtshandlung gebraucht, die Nichtigkeit derselben nicht bezeichnet. Die erste bezieht sich auf die Nothwendigkeit der öffentlichen Verkündigung vor Eingehung der Ehe.

Art. 64. Le mariage ne pourra être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication.

Art. 65. Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai des publications, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la forme ci-dessus prescrite.

Die Wirkung der Nichtbeobachtung dieser Vorschrift wird in dem 4. Kapitel des Titels von der Ehe, demjenigen Kapitel bestimmt, in welchem überhaupt von der Wirkung der Nichtbeobachtung der für die Eingehung der Ehe bis dahin[12]) gegebenen Vorschriften gehandelt wird. Diese Wirkung ist in der Regel Nullität der Ehe (Art. 180—191); ist aber die Verkündigung nicht in der gehörigen Weise geschehen, so soll nach Art. 192 den Civilstandsbeamten, welcher die Ehe dennoch vollzieht, sowie die contrahirenden Personen und diejenigen, unter deren Autorität sie gehandelt haben, Strafe treffen; die Ehe selbst also kommt zu Stande. Damit ist aber auch für das „ne peut“ in unsern Artikeln ein Sinn gefunden, den es nach der obigen Ausführung wirklich haben kann: die Ehe darf nicht vollzogen werden, wenn nicht die gehörigen

12) Die in Folge der Adoption und Ehescheidung eintretenden Ehehindernisse konnten im Titel von der Ehe noch nicht behandelt werden, weil der Discussion über diese Rechtsinstitute nicht vorgegriffen werden durfte. Dadurch erledigt sich auch der Einwand gegen die oben geltend gemachte Bedeutung derselben, daß als ihre Folge nicht wie bei den übrigen trennenden ausdrücklich Nullität verfügt sei.

Verkündigungen vorhergegangen sind. Wird diese Vorschrift nicht beobachtet, so rächt das Gesetz seine verletzte Autorität durch Strafe[13]).

Ebenso verhält es sich mit der Bestimmung des Art. 68.

Art. 68. En cas d'opposition l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la main-levée —

Auch die Verletzung dieser Vorschrift zieht nicht Nullität der Ehe nach sich, — im 4. Kapitel des Titels von der Ehe ist von ihr gar nicht die Rede. Dagegen verfügt der Art. 68 selbst eine andere Folge ihrer Nichtbeobachtung —

— sous peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-intérêts.

Man bemerke auch, daß die betreffenden Vorschriften sich nicht in der Lehre von der Ehe, sondern in der Lehre von den Civilstandsurkunden, wo die Befugnisse und Pflichten der Civilstandsbeamten geregelt werden, finden.

---

13) Man darf nicht sagen, daß, wenn das Gesetz die Abschließung eines von ihm mißbilligten Rechtsgeschäftes mit Strafe bedroht habe, Ungültigkeit desselben nicht angenommen werden dürfe. Die Regel lautet nur so: Ungültigkeit muß angenommen werden, wo keine Strafe gedroht ist. Es kann aber das Gesetz recht wohl Strafe gedroht und zugleich Ungültigkeit gewollt haben; daher muß, wo Strafe gedroht ist, noch immer aus besonderen Gründen nachgewiesen werden, daß das mißbilligte Rechtsgeschäft nicht ungültig sei, wie hier geschehen ist. Im Art. 148 z. B. heißt es, daß die Kinder, die ein gewisses Alter noch nicht erreicht haben, ohne Consens ihrer Aeltern keine Ehe eingehen dürfen, im Art. 156 darauf wird dem Civilstandsbeamten, der dieselbe ohne Nachweis jenes Consenses abschließt, Strafe gedroht, aber nichts desto weniger im Art. 182 die desselben entbehrende Ehe für nichtig erklärt. Im Art. 1763 wird vorgeschrieben, daß der Pächter eines fruchttragenden Grundstücks nicht unterverpachten könne, und im Art. 1764 heißt es, daß er im Uebertretungsfall sein Recht verliere. Aber eben deswegen ist es sicher, daß die von ihm einem Andern gestattete Ausübung dieses Rechts keinen Bestand hat.

Dagegen zähle ich nicht hierher die Art. 805 und 806, welche bestimmen, daß der Beneficiarerbe die Erbschaftssachen nur mit Beobachtung gewisser Förmlichkeiten veräußern dürfe. Denn es findet sich weder in den Discussionen noch sonst wo eine Spur davon, daß diese Artikel ursprünglich einen andern Sinn gehabt haben, als den: jede andere Veräußerung ist nichtig. Freilich hat der Code de procédure die Sache anders gefaßt; er gibt dieselben Vorschriften mit dem Zusatz, daß, wenn der Beneficiarerbe diese Formen nicht beobachtet habe, er als héritier pur et simple anzusehen sei, und das Recht des Code de procédure als des neuern Gesetzbuchs geht vor. Aber selbst der Code de procédure leugnet eigentlich nicht die Nichtigkeit der von dem Beneficiarerben ohne Beobachtung jener Formen gemachten Veräußerung, er sagt nur, daß eine solche Veräußerung als Handlung des Beneficiarerben nicht angesehen werden dürfe.

Ferner zähle ich die Bestimmung des Art. 1922: Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée ou de son consentement exprès ou tacite nicht hierher. Denn diese Verfügung hat auf keinen Fall den Sinn: durch die Deposition einer fremden Sache entsteht kein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Deponenten und dem Depositar (Art. 1938 §. 1); sondern der Art. 1922 will entweder nur sagen, was im Art. 1938 §. 2 näher ausgeführt wird, daß der Depositar dem Deponenten nicht mehr verpflichtet sei, wenn er die Sache dem wahren Eigenthümer, welchem sie entwendet worden sei, herausgegeben habe[14]), — dann bezeichnet das „ne peut" zwar keine Nichtigkeit, hat aber auch sonst keinen Sinn, und ist einer Ungeschicklichkeit der Redaction zur Last zu legen.

14) So Duranton XVIII. n. 27.

Oder, was mir viel wahrscheinlicher ist, er will bestimmen, daß der Eigenthümer einer Sache durch die von einem Andern geschehene Deposition derselben in keiner Weise gebunden werde [15]; dann hat das „ne peut" den Sinn, welchen es regelmäßig hat.

V

Wir kommen jetzt zu denjenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche in positiver Verfügung vorschreiben, daß bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts bestimmte Punkte beobachtet werden, bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Wenn das Rechtsgeschäft diesen an dasselbe gestellten Anforderungen nicht entspricht, welche Folge hat das? Im Grunde ist diese Klasse der gesetzlichen Verfügungen von der so eben behandelten nicht verschieden. Ob das Gesetz sagt: der und der kann dieses oder jenes Rechtsgeschäft nicht eingehen, ohne dies oder das zu beobachten, oder ob es sagt: wenn diese Person dieses Rechtsgeschäft eingehen will, so muß sie Folgendes beobachten; ob es sagt: dieses Rechtsgeschäft kann unter diesen Voraussetzungen nicht existiren, oder ob es sagt: bei diesem Rechtsgeschäfte müssen diese Voraussetzungen erfüllt sein, ist der Sache nach ganz gleich, es sind das nur verschiedene Ausdrucksweisen des einen Gedankens, daß das Rechtsgeschäft, in anderer Weise abgeschlossen, dem Willen des Gesetzes nicht gemäß sei. Daher gilt auch hier das im vorigen §. Ausgeführte; will man nicht annehmen, daß das Gesetz selbst seiner spotte, so muß man anerkennen, daß die Wirkung der Verletzung seines Willens auch hier entweder Nichteintreten der beabsichtigten rechtlichen Wirkungen, oder Strafe der das Rechtsgeschäft abschließenden oder bei der Abschließung concurrirenden Personen sei.

---

15) So Boileux zu Art. 1922.

Es ist daher auch hier die Regel aufzustellen, daß es nur dann erlaubt sei, das den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Rechtsgeschäft für nicht ungültig zu halten, wenn der Nichterfüllung derselben Strafe gedroht sei.

Durch ein näherers Eingehen auf die einzelnen hierher gehörigen Bestimmungen des C. N. wird dieses Resultat der allgemeinen Betrachtung bestätigt. Nur stellt sich dabei zugleich heraus, daß es nöthig ist, für ihn Ausnahmen von jener Regel zuzugeben.

Die Erfordernisse einer gültigen Ehe sind sämmtlich durch „ne peut“ oder „il n'y a pas mariage“ oder „le mariage est prohibé“ ausgedrückt (Art. 144 — 148, Art. 161 — 163), bis auf eines, das der Form.

Art. 165. Le mariage sera célébré publiquement... Aber die nicht in dieser Form abgeschlossene Ehe ist so gut ungültig, wie die an einem andern Mangel leidende (Art. 180 — 190. Art. 191).

Wer sich adoptiren lassen will, bedarf, wenn er das 25. Jahr noch nicht erreicht hat, des Consenses seiner Eltern, (wenn er es zurückgelegt hat, muß er sie um Rath fragen, Art. 346). „*Il sera tenu*, de rapporter le consentement“, heißt es hier; daß die Adoption durch den Mangel jenes Consenses nichtig werde, ist nicht gesagt. Und doch ist namentlich wegen des Erforderns des characteristischen conseil ganz sicher, daß das Gesetzbuch die Adoption in Beziehung auf die Concurrenz der Eltern der Ehe, wofür es gesagt ist, hat gleichstellen wollen[16].

Art. 931. Tous actes portant donation entre-vifs seront

---

16) Bemerkung der Gesetzgebungssection des Tribunats, aus der die fragliche Bestimmung entstanden ist: Il est sage de suivre dans le cas de l'adoption les regles établies pour le mariage. Disc. part. II. p. 347.

passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats, et il en restera minute, *sous peine de nullité.*

Im Art. 932 wird darauf gesagt, daß die Schenkung nicht verbinde, wenn sie nicht ausdrücklich angenommen worden sei, und von dieser Annahme heißt es dann: l'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute. Daß die Acceptation nicht in Betracht komme, wenn der Act kein authentischer sei, ist nicht gesagt, und doch hat niemals Jemand daran gezweifelt.

Wo dagegen für die Schenkung von Immobilien Transscription erfordert wird („la transcription *devra* être faite"), heißt es wieder, daß sich auf den Mangel derselben Jeder berufen könne, mit Ausnahme desjenigen, dem die Verpflichtung dazu obgelegen habe. Art. 939, 941. Aber es ist auch klar, daß das Gesetz die Folgen seiner Verletzung hier ebensowenig ausdrücklich bestimmt haben würde, als es sie im Art. 931 bestimmt hat, wenn es nicht hätte sagen wollen, daß nur bestimmte Personen sich darauf berufen können.

Von dem Ehevertrage ferner heißt es im Art. 1394 einfach: toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage par acte devant notaire, — während die Beobachtung der Testamentsförmlichkeiten ausdrücklich bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist (Art. 1001).

Man vergleiche auch

Art. 935. La donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit devra être acceptée par son tuteur, conformément à l'art. 463 au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

Art. 776 §. 2. Les successions échues aux mineurs et aux interdits ne pourront être valablement acceptées que con-

formément aux dispositions du titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

Was von der hier behandelten Klasse gesetzlicher Verfügungen im Allgemeinen gesagt worden ist, gilt natürlich im Besonderen auch von denjenigen, welche für bestimmte Rechtsgeschäfte eine besondere Form der Abschließung erfordern, wie denn auch die hier beispielsweise herausgehobenen Vorschriften zum Theil dieses Inhaltes sind. Nur gilt es gerade für diese nicht unbedingt; vielmehr macht bei ihnen eine ungenaue Ausdrucksweise des C. N. auch einen anderen Sinn möglich. Der C. N. drückt nämlich den Satz: dieses Rechtsgeschäft kann durch Zeugen und Vermuthungen nicht bewiesen werden, häufig so aus: über dieses Rechtsgeschäft muß eine schriftliche Urkunde aufgenommen, werden. So gibt er gleich im Art. 1341 der allgemeinen, die Lehre vom Beweise beherrschenden Regel einen solchen Ausdruck: Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs. Es liegt auf der Hand, wie wenig hier dem, übrigens ganz unzweifelhaften, Gedanken der Ausdruck entspricht. Es ist keineswegs nothwendig, daß über jedes Rechtsgeschäft, dessen Gegenstand den Werth von 150 Fr. übersteigt, eine Urkunde errichtet werde; das Rechtsgeschäft besteht auch ohne sie zu Recht, und wer es darauf ankommen lassen will, ob nicht der Gegner freiwillig oder auf zugeschobenen Eid den Abschluß desselben einräumen werde, erreicht auch ohne Urkunde dasselbe, was die Urkunde ihm gewährt haben würde. Also nur wer sich den Beweis des Abschlusses des Rechtsgeschäfts sichern will, muß dafür sorgen, daß eine Urkunde darüber errichtet werde. Der richtige Ausdruck findet sich in einzelnen Abwendungen jener Regel:

Art. 1923. Le dépôt volontaire *doit être prouvé* par

écrit. La preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant 150 francs.

Ebenfalls richtig ist die Regel für das Mandat ausgedrückt.

Art. 1985. Le mandat peut être donné ou par acte public ou par écrit sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des contrats et des obligations conventionelles en général.

Ebenso bei der Miethe. Art. 1714, 15.

Dagegen vom Kauf heißt es wieder: Elle (la vente) peut être faite par acte authentique ou sous seing privé (Art. 1582), — also mündlich nicht, also muß er schriftlich abgeschlossen werden, ist der naheliegende, obgleich falsche Schluß[17]. Und bei der Societät ist der Ausdruck ganz derselbe, wie in der allgemeinen Regel.

Art. 1834. Toutes societés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 fr.

Im Art. 2074 heißt es vom Privilegium des Faustpfandgläubigers sogar: Le privilége n'a point lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé dûment enregistré... La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins préscrites qu'en matière excédant la valeur de 150 francs. Aber die Erwähnung der 150 Fr. macht es auch hier sicher, daß es sich nur um den Beweis handelt und der Ausdruck „ce privilége n'a point lieu" erklärt sich daraus, daß hier, wo eine rechtliche Wirkung ge-

17) Portalis, als Redner der Regierung im gesetzgebenden Körper: L'ordonnance de Moulins et celle de 1667 prohibaient la preuve par témoins en matière de contrats, à moins qu'il n'y eût un commencement de preuve par écrit, ou qu'il ne fût question d'une valeur infinement modique. La vente ne fut pas distinguée des autres conventions. . Le projet de loi suppose et consacre à cet égard les principes existants. Disc. publ. VI. p. 3. 4.

gen Dritte beansprucht wird, Geständniß des Faustpfandgebers unwirksam ist, also der nicht mit einer Urkunde versehene Gläubiger gar keine Möglichkeit hat, seinem Privilegium je Anerkennung zu verschaffen. Eben deswegen ist aber auch für diesen Fall die ganze uns beschäftigende Frage unpractsich.

Gehört in die Reihe der hier aufgezählten Vorschriften auch der §. 2 des Art. 2044, welcher für den Vergleich bestimmt: Ce contrat doit être rédigé par écrit? Die Bejahung dieser Frage ist nicht ohne Mißlichkeit. Denn um eine Abweichung von der strengeren, bei dem Wortsinne stehen bleibenden Interpretation, kraft welcher Ungültigkeit des nicht schriftlich abgefaßten Vergleichs angenommen werden müßte, zu rechtfertigen, haben wir hier nur eine Aeußerung des Redners der Gesetzgebungssection des Tribunats. „La transaction", sagt er, „devant terminer un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau, que d'en laisser dépendre l'effet de la resolution d'un problème sur l'admissibilité ou les resultats d'une preuve testimoniale."[17a]. Doch spricht dafür, daß der C. N., wo er sonst eine Urkunde als Bedingung der Existenz eines Rechtsgeschäfts vorschreibt, zugleich auch Authenticität der Urkunde verlangt; und ferner spricht dafür, daß der von jenem Redner behauptete Sinn des Gesetzes wirklich ein sehr naheliegender ist. Ein Vergleich ist bestimmt, einen Rechtsstreit zu schlichten, daher darf man seine Existenz nicht selbst wieder zum Gegenstande eines Streites werden lassen; was der Fall sein würde, wenn man Zeugenbeweis auch nur unter bestimmten Voraussetzungen zulassen wollte. So daß hiernach anzunehmen wäre, daß der Art. 2044 allerdings in einer Beziehung von der Regel des Art. 1341 abweiche, durch die Bestimmung nämlich, daß beim Vergleich der Zeugenbeweis

---

17a) Disc. publ. VI. p. 387. 388.

auch dann nicht zulässig sei, wenn der Werth seines Gegenstandes 150 Fr. nicht übersteige[18]).

Eine zweite Ausnahme enthält der Art. 171, welcher vorschreibt, daß der Inländer die Urkunde über seine im Auslande abgeschlossene Ehe binnen 3 Monaten nach seiner Rückkehr in das Register der Heirathsurkunden seines Heimathsortes eintragen lassen müsse. Daß von der Erfüllung dieser Vorschrift die Gültigkeit der Ehe nicht abhange, macht die Staatsrathsdiscussion ganz unzweifelhaft. Aber dieselbe rechtfertigt auch diese Bestimmung im Sinne der von mir aufgestellten Regel. „Le C. Defermon demande", heißt es im Protocolle der Staatsrathsberathung, „pourquoi l'exécution de cet article n'est pas assurée par une disposition pénale. Le C. Réal répond, que cette disposition pénale n'appartient pas au code civil, et que sa place naturelle est dans les lois sur l'enregistrement, *où déjà elle se trouve*"[19]). Hiernach ist allerdings zuzugeben, daß möglicherweise auch andere für ein Rechtsgeschäft Erfordernisse aufstellende Artikel des C. N. in derselben Weise auf Strafbestimmungen damals schon existirender Gesetze stillschweigend verweisen können, und demgemäß keine Nöthigung vorliege, in ihnen die Verfügung einer Nullität zu finden; jedoch gilt dies einmal eben auch nur

---

18) Dieser Ansicht sind auch Malleville zu Art. 2044, der aber ausdrücklich bemerkt, daß er nur seine Meinung ausspreche, Merlin questions de droit s. v. transaction §. 8, Duranton XVIII. n. 406, Zachariae II. §. 420 Note 4. Sie ist auch ausgesprochen in den Urtheilen der Appelhöfe von Brüssel vom 1. December 1810 (S. XI. 2. 282) und von Nancy vom 29. Juli 1837 (S. XXXIX. 2. 140), und des Rheinischen A. G. H. vom 28. Januar 1835 (Archiv XXI. 1. 157). Dagegen hat der Cassationshof am 7. Juli 1829 (S. XXIX. 1. 331) entschieden, daß die schriftliche Abfassung Bedingung der juristischen Existenz des Vergleichs sei.

19) Disc. part. II. p. 53.

von damals bereits existirenden Gesetzen, und zweitens erfordert eine solche Annahme jedesmal einen so guten Beweis, wie derjenige ist, wodurch sie in unserm Falle gerechtfertigt wird.

Ich kenne keinen andern Artikel, für welchen ein solcher Beweis erbracht werden könnte, und kann daher andere Ausnahmen von der von mir aufgestellten Regel nicht zugeben; sobald man eine annimmt, ist kein Grund vorhanden, nicht auch andere anzuerkennen, und es ist eine schrankenlose Willkühr der Interpretation eingeleitet. Ich kann daher auch der in der neuern Zeit fast allgemein angenommenen Meinung[20]) nicht beitreten, daß im Sinne des Art. 2148, welcher die Erfordernisse einer Hypothekarinscription aufzählt, zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Erfordernissen unterschieden werden müsse, und daß nur die Nichterfüllung der ersteren die Inscription ungültig mache, die Nichterfüllung der letzteren dagegen für ihren Rechtsbestand gleichgültig sei. Der Art. 2148 selbst macht eine solche Unterscheidung nicht und die Discussionen verlassen uns hier vollständig. Von der andern Seite bin ich weit davon entfernt, nicht einzusehen, daß es der Sache einzig gemäß ist, Nullität nur aus der Nichterfüllung derjenigen im Gesetz aufgezählten Erfordernisse entstehen zu lassen, ohne welche eine Inscription ihren Zweck nicht erreichen kann. Nur glaube ich nicht, daß der Richter, welcher demgemäß urtheilt, sich auf den Art. 2148 wird berufen dürfen; ich glaube, daß er sein Urtheil einzig auf eine den Art. 2148 abändernde Rechtsgewohnheit basiren darf, und daher vorher nachzuweisen hat, daß eine solche Rechtsgewohnheit wirklich existire und den Rechtsgewohnheiten überhaupt auch nach dem C. N. die Kraft von Gesetzen beizulegen sei.

20) Zachariae II. §. 278.

Es bleibt jetzt noch übrig anzugeben, in welchen Fällen der C. N. die Nichterfüllung eines an ein Rechtsgeschäft in positiver Form gestellten Erfordernisses mit Strafe ausdrücklich ahndet. Auch hier aber darf man wegen der Strafverfügung Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht ohne Weiteres annehmen, da Strafe und Ungültigkeit sehr wohl zusammen bestehen können. So schreibt der Art. 165 vor, daß die Ehe öffentlich vor dem competenten Civilstandsbeamten vollzogen werden müsse; sonst ist die Ehe nichtig (Art. 191); aber nichtsdestoweniger ist dem Civilstandsbeamten wie den Partheien Strafe gedroht (Art. 193). Ich kenne nur eine hierher gehörige gesetzliche Bestimmung, eine Bestimmung, in welcher die Strafverfügung die Nullität ausschließt, diejenige, wodurch den Kindern, welche zur Ehe des Consenses der Aeltern oder Ascendenten nicht mehr bedürfen, vorgeschrieben wird, dieselben wenigstens um Rath zu fragen.

Art. 151. **Les enfans de famille, ayant atteint la majorité fixée par l'art. 148, *sont tenus*, avant de contracter mariage, de demander par un acte respectueux et formel le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules . . .**

Die ohne acte respectueux abgeschlossene Ehe ist nicht nichtig, — das von der Nichtigkeit der Ehe handelnde Kapitel erwähnt des Mangels des acte respectueux gar nicht —; aber den Civilstandsbeamten, welcher sie abschließt, trifft Strafe (Art. 157)[21].

---

21) Was für Rechtsgeschäfte d. h. Willenserklärungen gesagt worden ist, muß auch für Beweishandlungen gelten; denn auch durch sie sollen rechtliche Folgen begründet werden. Wenn es daher von einer Beweisurkunde heißt: sie muß so und so beschaffen sein, z. B. Art. 1326. **Le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une**

VI.

Ich weiß sehr wohl, daß die hier vorgetragenen Grundsätze mit der herrschenden Theorie durchaus nicht übereinstimmen, bin aber auch von jeher überzeugt gewesen, daß

---

somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui, qui le souscrit . . . ,

so ist so lange anzunehmen, daß die Nichterfüllung dieses Erfordernisses die Beweiskraft der Urkunde vernichte, als sich nicht nachweisen läßt, daß das Gesetz, die Erfüllung seines Willens sich zu sichern, andere Mittel ergriffen habe; was z. B. bei dem genannten Art. 1326 keineswegs der Fall ist. Anders ist es dagegen bei den Civilstandsurkunden. Für die Civilstandsurkunden wird in dem ersten Kapitel des von ihnen handelnden Titels eine Reihe von Vorschriften gegeben, deren Nichtbefolgung nach den Art. 50 und 52 an dem Civilstandsbeamten durch Strafe geahndet werden kann. Daher ist die Annahme nicht nothwendig, daß die Folge dieser Nichtbefolgung Nichtigkeit der Urkunde sei. Zugleich ist es aber auch höchst unwahrscheinlich, daß das Gesetz die Gültigkeit so wichtiger Urkunden, als die Civilstandsurkunden sind, von der Beobachtung von Förmlichkeiten, welche zum Theil ihr Wesen gar nicht berühren, habe abhängig machen wollen. Man muß daher davon ausgehen, daß die genannten Vorschriften zunächst als reglementarische, als Instruction für die Civilstandsbeamten gegeben sind, und demnach den Satz aufstellen, daß jede Civilstandsurkunde für gültig zu erachten sei, die, wenn auch nicht jenen Vorschriften vollständig entsprechend, doch die allgemeinen Erfordernisse einer Beweisurkunde an sich trage und das Factum, welches durch sie bewiesen werden soll, in genügender Weise bezeichne. Dafür sprechen auch die Discussionen. Es geht durch sie der Gedanke hindurch, daß die Civilstandsurkunde als Beweisurkunde so lange Kraft habe, als nicht der Beweis der Fälschung geführt sei, und daß von einer Nichtigkeit eigentlich nur bei der Heirathsurkunde gesprochen werden könne, insofern nämlich die zur Gültigkeit der Ehe nöthigen Erfordernisse nicht erfüllt seien; — wo dann aber nicht sowohl die Beweisurkunde ungültig ist, als vielmehr diejenigen Thatsachen nicht beweist, welche die juristische Existenz der Ehe bedingen. (Disc. part. I. p. 204. 267, publ. II. p. 115.)

dieselbe schon wegen ihrer der Willkühr des Richters alle Schranken öffnenden Unbestimmtheit einer Revision bedürfe. Vielfach geht man im geraden Gegensatz zu dem hier Gelehrten von dem Satze aus, daß Nullität nur da anzunehmen sei, wo das Gesetz sie ausdrücklich verfügt habe. Am ausführlichsten hat sich darüber Toullier [23]) ausgesprochen. Seine Gründe freilich sind nicht sehr überzeugend; überdies hat er nur für die verbietenden Gesetze einen Beweis für nöthig erachtet. Verbieten und für nichtig erklären, sagt er, ist zweierlei; wer ein Rechtsgeschäft verbietet, entzieht ihm deswegen nicht seine rechtlichen Folgen. Der Gesetzgeber hat andere Mittel, sich die Erfüllung seines Willens zu sichern; er kann der Verletzung desselben Strafe drohen. Hat er auch das nicht gethan, so ist anzunehmen, er habe als Folge der Verletzung des Gesetzes die Verpflichtung angesehen, den dadurch die Handlung Anderen verursachten Schaden zu ersetzen. — Ganz richtig, nur wird dieser Schaden eben in der Existenz des Rechtsgeschäfts, worauf man sich beruft, bestehen. Man wird sich also nicht darauf berufen können. — Toullier macht sich einen andern Einwand. Wie wenn die Verletzung des Gesetzes keinen Schaden verursacht? Das ist nicht anzunehmen, antwortet er; denn sonst würde ja das Verbot des Gesetzes ohne Zweck sein. Man sieht, eine reine petitio principii. — Es ist zwar wahr, daß sich im ersten Entwurf des C. N. folgende Verfügung fand: les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formelle-

---

So auch die Jurisprudenz: Delvincourt I. p. 30, Toullier I. n. 311, Duranton I. n. 337, Grolman I. S. 279, Zachariae I. §. 62. — Die Notariatsordnung hat (Art. 68) ausdrücklich angegeben welche Formen bei Strafe der Ungültigkeit der Beweisurkunde beobachtet werden müssen.

23) VII. n. 479 s. Auch Perrin p. 174, Sirey s. v. nullité gehören hierher.

ment exprimée [23a]) und daß dieselbe von der gesetzgebenden Section des Staatsrathes gestrichen worden ist; aber ist es denn sicher, daß die Section dieselbe deswegen gestrichen habe, weil sie der Ansicht gewesen sei, daß ein Prohibitivgesetz nicht Nullität zur Folge habe, wenn dieselbe nicht ausdrücklich verfügt sei? Wenn man annehmen darf, daß die Bemerkungen der Gerichtshöfe nicht ohne Einfluß auf die Section gewesen sind, so ist es umgekehrt sicher, daß dies ihre Ansicht nicht gewesen ist. Denn unter den Ausstellungen, welche gegen jenen Artikel gemacht worden sind, kommt die nicht vor, daß es zu gefährlich sei, Nullität ohne besondere Verfügung anzunehmen, vielmehr sind es folgende: 1) Nullität sei da nicht anzunehmen, wo Strafe gedroht sei (Metz und Paris). 2) Es sei nicht angegeben, an welchen Merkmalen man ein Prohibitivgesetz erkenne (Montpellier). 3) Dasselbe müsse von den befehlenden Gesetzen gelten (Riom), — also gerade das Umgekehrte von dem, was man als den Gedanken der Section darstellen möchte.

Von dieser Regel hat man denn freilich nicht umhin gekonnt, Ausnahmen zuzugeben, und sie dadurch dann selbst wieder in Frage gestellt. Am meisten zurückhaltend ist noch Toullier. Daß verbietende Gesetze auch ohne clause irritante Nullität zur Folge haben können, deutet er nur an[24]); von der Regel jedoch, daß aus gebietenden Gesetzen nie Nullität folge, wenn sie nicht ausdrücklich verfügt sei, nimmt er diejenigen Vorschriften aus, ohne deren Erfüllung die Absicht des Gesetzes nicht erreicht werden könne[25]). Welche Vorschriften von die-

---

23a) Projet, livre prél. tit. 4 art. 9. Quelle: l. 5 C. de legibus.

24) VII. n. 488 i. f.

25) ib. n. 518. Tout acte, qui ne contient pas les formalités indispensables pour remplir le but de son institution, le but, que la loi s'est proposé, est imparfait et nul; il doit être considéré, comme

ser Art seien, soll in jedem einzelnen Fall der Richter entscheiden. Wohl fühlend, wie wenig eine solche Bestimmung der Sicherheit der Rechtsfindung diene, hat Perrin die Fälle, in welchen ein gebietendes oder verbietendes Gesetz ausnahmsweise auch ohne ausdrückliche Verfügung Nullität zur Folge habe, genau anzugeben gesucht. Er zählt deren nicht weniger als 13 auf, wo man denn freilich nicht einsieht, wozu es gut ist, ihnen noch eine Regel entgegen zu setzen; abgesehen davon, daß sie zum Theil nicht bestimmter sind, als die Regel selbst[26]). Gleiches ist von den Sätzen zu sagen, auf welche Sirey die Ausnahmen von jener Regel zurückzuführen gesucht hat. Zachariae[27]) endlich ist darauf zurückgekommen, dem Richter im einzelnen Falle die Entscheidung zu überlassen; nur unterscheidet er sich von seinen Vorgängern dadurch, daß er den Satz, welchen sie als Regel an die Spitze stellen, nicht anerkennt. Auch Duranton[28]) glaubt keine feste Entscheidung geben zu können. „On peut dire", sagt er, „qu'il n'est point de principes absolus en matière de nullité

---

s'il n'avait pas existé. Ce sont ces formalités, qu'on appelle intrinsèques ou substantielles, parcequ'elles sont nécessaires à l'existence ou à la perfection de l'acte, et que sans elles il ne peut remplir le but de la loi.

26) Er läßt Nullität eintreten wegen „defaut de pouvoir de ceux, qui ont passé un acte"; wegen „incompétence des fonctionaires, dont l'acte est l'ouvrage"; wegen „incapacité des personnes et irregularité des actes constitutifs de leur état civil"; wenn das Gesetz sich des Ausdrucks ne peut bedient habe, mit Ausnahme wieder des Falles, wenn es eine Strafe gedroht oder ein Factum verboten habe (!), und der Gesetze über Fähigkeit eine Ehe einzugehen und die Form ihrer Abschließung; wenn das Gesetz termes prohibitifs gebraucht habe; wenn es sich auf ordre public oder bienséance des moeurs gründe; wenn eine Bedingung erfordert sei, die nicht erfüllt sei; wenn eine forme intrinsèque et substantielle versäumt sei etc.

27) I. §. 37.

28) XII. n. 529.

et que la loi romaine citée ci-dessus (l. 5. C. de legibus) ne peut être admise dans notre droit que comme une de ces règles générales susceptibles de plus ou de moins de modifications selon la nature des actes et des dispositions". Gleich unbestimmt drückt er sich in Betreff der gebietenden Gesetz aus. Dagegen läßt die Regel, welche Thibaut in seinen Vorlesungen über das französische Civilrecht (§. 22) aufgestellt hat, Bestimmtheit wenigstens nicht vermissen. Er meint, verbietende Gesetze begründeten Nullität auch ohne ausdrückliche Verfügung, nicht aber gebietende. Bazeille[29]), wenn ich ihn recht verstehe, spricht die hier vertheidigte Meinung für die Rechtsgeschäfte aus; bei Beweisurkunden sei aber Ungültigkeit ohne ausdrückliche Verfügung des Gesetzes nicht anzunehmen[30]).

29) Traité des préscriptions n. 538. 539.

30) Doch rechnet er zu den Formen, wodurch der Beweis eines Rechtsgeschäfts erbracht werden soll, auch die für die Testamente vorgeschriebenen.

II.

Die Bedeutung der action en nullité ou en rescision.

I.

Das römische Recht macht in der Ungültigkeit einen Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Entweder existirt das ungültige Rechtsgeschäft gar nicht, oder es existirt zwar zunächst mit voller Kraft, aber es kann angefochten und umgestoßen werden.

Im ersten Fall bedarf es eines besonderen Rechtsmittels zur Geltendmachung der Ungültigkeit nicht, ja ein solches ist gar nicht denkbar, da ein Angriff voraussetzt, daß ein Anzugreifendes vorhanden sei. Es kann daher nicht nur Jeder, dem ein solches Rechtsgeschäft entgegengesetzt wird, die Berufung darauf durch die Antwort ausschließen, daß es nicht existire, sondern es darf auch, wenn die Parthei diese Vertheidigung nicht vorbringt, der Richter, sobald er aus den Verhandlungen die Ueberzeugung von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts geschöpft hat, demselben keine Wirkung gestatten.

Im zweiten Fall erzeugt die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts das Recht, zu verlangen, daß demselben durch richterlichen Ausspruch seine Wirksamkeit entzogen werde, und zwar nur für bestimmte Personen; für Andere, so wie auch, wenn diese Personen von jenem Rechte keinen Gebrauch ma-

chen, für sie besteht das Rechtsgeschäft mit voller Wirksamkeit. Und dieses Recht unterliegt, wie jedes Recht, seinen besonderen Schicksalen, welche seinen Untergang herbeiführen oder seine Geltendmachung hemmen können. Von besonderer Wichtigkeit ist hier der Einfluß der Verjährung.

Das römische Recht kennt in vereinzelten Anwendungen noch eine besondere Mischung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit; die Neueren haben sie relative Nichtigkeit, ihren Gegensatz die absolute genannt. Sie kommt darin mit der Anfechtbarkeit überein, daß der Richter keine Rücksicht auf sie nehmen kann, wenn die Parthei sich nicht darauf beruft, und daß das Recht, sich darauf zu berufen, nur bestimmten Personen eingeräumt ist. Für diese Personen aber ist das Rechtsgeschäft nichtig, nicht anfechtbar; sie brauchen es daher nicht durch ein besonderes Rechtsmittel anzugreifen, sondern können ohne Weiteres und zu jeder Zeit alle die Rechte geltend machen, welche sie auch hätten geltend machen können, wenn es nie abgeschlossen worden wäre.

Welche Bedeutung haben diese Gegensätze für den C. N.?

Die Jurisprudenz desselben gibt darauf fast einstimmig folgende Antwort: Der C. N. kennt den Unterschied, welchen das römische Recht zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit machte, nicht; er kennt nur eine Nichtigkeit, und in ihr bloß den Gegensatz zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit. Aber diese Nichtigkeit muß durch ein besonderes Rechtsmittel, eine Nichtigkeitsklage, geltend gemacht werden, und diese Klage ist durch die Vorschrift des Art. 1304: Dans tous les cas, ou l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans, — an die 10jährige Verjährungsfrist gebunden worden.

Jedoch sind durch diese beiden Sätze auch nur die Grundlagen der herrschenden Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte bezeichnet worden; im Einzelnen finden sich mannichfache Abweichungen.

Am Meisten ist am zweiten dieser Sätze gezweifelt und gerüttelt worden. Zwar, daß die nur im Interesse bestimmter Personen verfügten Nullitäten von diesen binnen bestimmter Frist geltend gemacht werden müßten, erschien als der Natur der Sache ganz angemessen; dagegen erregte es Bedenken, daß auch die im öffentlichen Interesse verfügten, von Jedem anzurufenden Nichtigkeiten durch den Ablauf von 10 Jahren gedeckt werden sollten. Doch glauben Delvincourt[1]) und Toullier[2]) kein Recht zu haben, bei der unbeschränkten Verfügung des Art. 1304 die absoluten Nullitäten seiner Herrschaft zu entziehen: sie beruhigen sich mit der Bemerkung, daß ja auch die Criminalklage aus einem Verbrechen in 10 Jahren verjähre. Andere, namentlich Spätere, sind muthiger gewesen. Perrin[3]), Troplong[4]),

1) II. p. 372 n. 8.

2) VII. n. 599.

3) p. 94 — 107.

4) In der Theorie der Nullitäten, welche Troplong in seiner Abhandlung vom Kauf, n. 685 s., aufstellt, giebt er zwar nur nebenbei zu, daß „quelques nullités absolues“ von der Vorschrift des Art. 1304 nicht betroffen würden, z. B. der auf das Leben einer bereits gestorbenen Person gestellte Leibrentenvertrag, (von dem der Art. 1974 sagt, daß er „ne produit aucun effet“, — welcher Ausdruck aber noch in manchen andern Artikeln wiederkehrt); an einer andern Stelle desselben Werkes aber (n. 249) erklärt er den Art. 1304 nur dann für anwendbar, „s'il s'agit d'un acte annulable ou rescindable à raison d'un vice de nature á se purger“, nicht, „quand une convention est contraire aux bonnes moeurs, quand elles est fondée sur une cause, qui blesse l'ordre public“. Vergl. auch Traité de la prescription n. 132.

Bazeille[5]), Zachariae[6]) stellen den Satz auf, daß die nullités de droit public von der Vorschrift des Art. 1304 nicht betroffen werden; Boileux[7]) hat offenbar dasselbe im Auge, wenn er die Verträge, denen es an einem Gegenstande fehle, oder deren Gegenstand extra commercium sei, ferner die Verträge sans cause und sur une cause illicite dem Art. 1304 entzieht. Dabei sprechen diese Schriftsteller auch mehr oder minder bestimmt, am bestimmtesten Boileux und Bazeille, aus, daß bei diesen Nullitäten eine action en nullité überhaupt nicht nöthig sei, „qu'elles n'ont pas besoin d'être demandées“, sind aber so weit entfernt, den Satz aufzustellen, daß sie bei ihnen nicht möglich sei, und daraus zu schließen, daß der Art. 1304 sich auf sie unmöglich beziehen könne, daß z. B. Bazeille für die Behauptung, daß man sich auf die Nichtigkeit des Vertrags über eine noch nicht anerfallene Erbschaft noch nach 10 Jahren berufen dürfe, keinen bessern Grund anzugeben weiß, als den, daß dieser Fall im Art. 1304 nicht ausdrücklich genannt sei, und daß Troplong die Ansicht, welche die absoluten Nullitäten seiner Herrschaft entzieht, nur für die vorzuziehende erklärt[8]). Und da sie zugleich den Satz, daß die action en nullité bei jenen Nullitäten nicht nöthig sei, welcher doch bei ihnen nur als Aus-

---

5) Traité des prescriptions n. 537. 552.

6) II. §. 337 zu Note 6. Außerdem will Zachariä von einer „Nichtigkeit“ da überhaupt nicht geredet wissen, wo es einem Rechtsgeschäft an einer sich aus seinem Begriff als nothwendig ergebenden Voraussetzung seiner Existenz mangele. Auf diese Fälle beziehe der Art. 1304 sich nicht, während er da, wo die Nichtigkeit auf einem öffentlichen Interesse beruhe, eine Ausnahme leide. Daselbst zu Note 4. 11, §. 334a und I. §. 37.

7) II. p. 652.

8) Je pense, qu'on doit préférer... l. c. n. 249.

nahme von einem anerkannten Princip erscheint[9]), weiter nicht erweisen[10]), so überlassen sie die ganze Beschränkung des Art. 1304 dem Zweifel, so wie im Einzelnen der Ungewißheit, welche Nullitäten denn zu den nullités de droit public zu rechnen seien.

Daher kann es nicht auffallend erscheinen, daß die Praxis des Cassationshofes und der Appelhöfe Frankreichs[11]) eher geneigt ist, dem Art. 1304 eine unbedingte Herrschaft über alle Nullitäten einzuräumen, als dieselbe in der Weise der genannten Schriftsteller zu beschränken. Als Beispiele hebe ich die Verträge über eine noch nicht anerfallene Erbschaft, über die

9) Am bestimmtesten tritt dies bei Troplong hervor. „En un mot", sagt er l. c. n. 687, (le code civil) continue le principe, que les nullités et les rescisions doivent être demandées aux tribunaux". Dazu bemerkt er dann in der Note: „Il y a cependant quelques nullités absolues, qui n'ont pas besoin d'être demandées.

10) Oder doch nur mit einer allgemeinen Berufung auf das ältere Recht, wie Perrin, oder eine Stelle in dem dem Tribunat erstatteten Bericht, wie Troplong. — Der C. N. macht im Art. 1117 ausdrücklich den Gegensatz zwischen nullité und nullité de plein droit. Aber unter den genannten Schriftstellern ist Bazeille der Einzige, welcher unter der nullité de plein droit eine Nullität versteht, welche durch Klage nicht geltend gemacht zu werden brauche, und auch bei ihm sucht man eine Berufung auf den Art. 1117 zur Begründung der Ausnahmen, welche er von der Vorschrift des Art. 1304 macht, vergebens. Er hätte freilich auch daraus nur schließen können, daß bei einigen, nicht, daß gerade bei den von ihm ausgenommenen Nullitäten Klage nicht nöthig sei.

11) Was die Praxis der rheinpreußischen Gerichte betrifft, so finde ich unter den im rheinischen Archive mitgetheilten Urtheilen nur eines, welches diese Frage berührt, das des Rh. A. G. H. vom 25. Juli 1842 (Archiv XXXIV. 1. 9). In demselben wird der Art. 1304 zwar nicht auf alle Nullitäten ausgedehnt, aber auf die in ihm genannten beschränkt, was meiner Ansicht nach eben so unrichtig ist. S. die folgende Abhandlung.

wucherlichen und über die simulirten Verträge hervor. Niemand wird leugnen, daß ihre Nullität eine absolute sei, und doch hat, was die ersteren angeht, der Cassationshof am 28. Mai 1828 und am 3. August 1829 (S. XXIX. 1. 206, XXIX. 1. 339) entschieden, daß die Geltendmachung ihrer Nichtigkeit an die Frist des Art. 1304 gebunden sei[12]), und in gleichem Sinne haben sich ausgesprochen die Höfe von Pau am 4. Februar 1830 (S. XXX. 2. 202) und von Toulouse am 13. April 1831 (S. XXXI. 2. 330)[13]), am 11. Juli 1834 (S. XXXV. 2. 39)[14]) und am 16. Januar 1841 (S. XLI. 2. 646). Für die entgegengesetzte Ansicht läßt sich aus der älteren Zeit nur ein Urtheil des Appelhofes von Riom vom 8. November 1828 (S. XXIX. 2. 122) anführen, welches jede action en nullité, also auch jede Verjährung abweist, und eins des Hofes von Rouen vom 30. December 1823 (S. XXV. 2. 25), welches die

12) In dem ersteren Urtheil heißt es ausdrücklich: „Attendu, que . . . prétend en vain, qu'il s'agit dans l'espèce d'une nullité absolue et de plein droit, que cette distinction n'a jamais été admise dans nos lois“.

13) Der C. c. »borne à dix ans le délai pour la prescription de toutes les actions en nullité“.

14) Dieses Urtheil führt die in der französischen Jurisprudenz herrschende Theorie mit großer Bestimmtheit aus. Der Art. 1304, sagt es, unterscheidet nicht und man hat daher keinen Grund, ihn auf die relativen Nullitäten zu beschränken. Die absoluten Nullitäten können durch 30jährige Verjährung gedeckt werden, warum nicht auch durch 10jährige? Und endlich: »Attendu, . . . qu'il ne suffit pas, q'une convention soit frappée de nullité par la loi, pour que cette nullité s'opère de plein droit, tandis qu'elle doit, au contraire, être prononcée par les tribunaux, sauf les seuls cas, ou elle avait été affranchie de cette règle, comme dans les art. 162 et 692 du C. de pr. Une exception semblable n'ayant pas été admise par rapport à la nullité des traités sur des successions futures, il faut donc la faire juger par les tribunaux et par voie de suite dans le délai de dix ans, à dater de l'ouverture des successions, conformément à l'art. 1304 sur toutes les actions en nullité ou eu rescision des conventions.

zehnjährige Verjährung zuläßt, weil die Nichtigkeit des Vertrages über eine hereditas futura nur eine relative sei; erst in der neueren Zeit hat die richtige Meinung größere Anerkennung gefunden, vergl. Cass. 8. November 1842 (S. XLIII. 1. 33) und 14. November 1843 (S. XLIV. 1. 229), und Aix 2. Juni 1840 (S. XL. 2. 359). Dagegen hat sich — und es ist dies sehr bezeichnend — eine größere Anzahl von Urtheilen, ohne daß sich ein abweichendes fände, für den Ausschluß der action en nullité und aller Verjährung in den Fällen ausgesprochen, wo das Gesetz vom 17. nivose II. zur Anwendung komme. Dies Gesetz gebrauchte nämlich, indem es den Töchtern die ihnen früher zustehende Befugniß, im Heirathsvertrage der Erbschaft ihrer Aeltern und Ascendenten zu entsagen, entzog, den Ausdruck, daß diese Entsagungen den Entsagenden nicht entgegengesetzt werden könnten, während der C. N. die Befugniß zu den fraglichen Verträgen nur durch den Ausdruck „on ne peut“ entzieht (Art. 791, 1130, 1389, 1600). In diesem Sinne haben sich folgende Urtheile ausgesprochen: Cass. 28. Mai und 2. Juli 1828 (S. XXIX. 1. 206, XXVIII. 1. 286), Pau, 4. Februar 1830 (S. XXX. 2. 202), Bastia 14. April 1834 (S. XXXIV. 2. 594), Limoges 6. April 1838 (XXXVIII. 2. 501). Zwei dieser Urtheile, die auch so eben schon genannt worden sind, machen ausdrücklich den Gegensatz, daß nach den Bestimmungen des C. N. allerdings zehnjährige Verjährung anerkannt werden müsse, das Urtheil von Pau entscheidet sogar, daß der unter der Herrschaft des Gesetzes vom 5. brumaire und 17. nivose II. abgeschlossene Vertrag „comme non avenu“ zu betrachten, dagegen ein später, unter dem C. N., aber noch immer zu Lebzeiten des Erlassers, abgeschlossener Vergleich darüber nur als „susceptible d'être annullée aux termes de l'art. 1130 du C. c.“ anzusehen, und

die Geltendmachung seiner Nullität daher der Vorschrift des Art. 1304 zu unterwerfen sei.

Daß die Klage gegen einen wucherlichen Contract in 10 Jahren angestellt werden müsse, entschied der Cassationshof am 31. Dezember 1833 (S. XXXIV. 1. 104)[15]), der Appelhof von Toulouse am 18. November 1836 (S. XXXVII. 2. 324)[16]), und der von Caen am 28. April 1835 (S. XXXVIII. 2. 510)[17]). Für die entgegengesetzte Ansicht finde ich kein Urtheil; alle, welche die zehnjährige Verjährung ausschließen, beziehen sich auf Klagen, womit wucherische Zinsen zurückgefordert wurden, und führen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich an, daß es sich nicht um eine Klage auf Vernichtung einer Verbindlichkeit handele.

Die Ansicht, daß die Berufung auf die Simulation des Vertrages nach 10 Jahren nicht mehr zulässig sei, liegt zwei Urtheilen des Cassationshofes vom 16. August 1831 (S. XXXI. 1. 404) und vom 24. Januar 1833 (S. XXXIII. 1. 268) zu Grunde. Letzteres weist die Anwendung des Art. 1304 nur deswegen ab, weil er auf Klagen, nicht auf Einreden bezüglich sei. Für die Anwendbarkeit desselben im Falle der Simulation entschied auch der Appelhof von Limoges am

15) Er verwarf die Berufung auf die 10jährige Verjährung nur deshalb, weil die Nichtigkeit des Vertrags nicht durch Klage, sondern durch Einrede geltend gemacht worden sei.

16) Der Art. 1304 unterscheidet nicht „entre les divers moyens de nullité ou de rescision“.

17) Dieses Urtheil macht eine andere Unterscheidung. „Attendu, qu'il ne faut pas confondre l'espèce du procès avec celle, ou dans l'acte même une cause illicite aurait été exprimée; dans ce dernier cas l'acte serait vicié dans son essence, aucun laps de temps ne pourrait le valider, il n'y aurait pas de contrat même en apparence, et dès lors l'art. 1304 ne serait pas applicable; que dans l'espèce du procès au contraire il existe un contrat reunissant en apparence toutes les conditions légales“.

2. August 1839 (S. XL. 2. 62), gegen dieselbe nur der von Poitiers am 18. Juli 1838 (S. XXXVIII. 2. 391).

Viel geringer sind die Abweichungen der Schriftsteller von dem ersten der obengenannten Sätze, dem, daß der C. N. nur eine Richtigkeit, keine Anfechtbarkeit kenne. Von Duranton's und Demante's Theorie wird unten die Rede sein; abgesehen von ihnen ist dieser Satz nur bei Zachariae[18]) und bei Perrin[19]) nicht vollständig durchgeführt. Ersterer lehrt, daß der Vertrag in allen den Fällen, in welchen seine Ungültigkeit auf der Verletzung eines der Contrahenten beruhe, an und für sich bestehe und erst mit einer action en rescision umgestoßen werden müsse, letzterer fügt zu diesen Fällen den der Interdiction hinzu. Alle übrigen Schriftsteller sind von der unbedingten Geltung jenes Satzes überzeugt. So nennt z. B. Toullier[20]) die Behauptung, daß der erzwungene Vertrag an und für sich bestehe und erst durch die Rescission des Richters sein Dasein verliere „une véritable hérésie en jurisprudence", und Troplong[21]) wendet eine sehr beredte Darstellung auf, um zu beweisen, daß der Unterschied, welchen das römische Recht zwischen Richtigkeit und Anfechtbarkeit mache, auf dem dieses Recht beherrschenden Gegensatz zwischen ius civile und ius gentium beruhe, und daher für den C. N. keine Bedeutung mehr habe.

Damit gerathen aber diese Schriftsteller in nicht geringe Verlegenheit. Denn der C. N. spricht nun einmal nicht bloß von nullité, sondern auch von rescision und restitution, ja

---

18) I. §. 37, II. §. 332. 333.

19) Er unterscheidet aber dann noch ferner zwischen rescision, welche er aus Läsion Großjähriger, und restitution, welche er aus Läsion Minderjähriger und aus Interdiction entstehen läßt, und weiß zwischen beiden noch Unterschiede anzugeben. p. 94 — 107.

20) VII. n. 543.

21) De la vente n. 685 s.

er macht im Artikel 1117 einen ausdrücklichen Gegensatz zwischen Verträgen, welche bloß nuls und solchen, welche nuls de plein droit sind. Diejenigen, welche der Anfechtbarkeit noch einen kleinen Raum vergönnen, verfehlen natürlich nicht, darauf die rescision und restitution des C. N. zu beziehen, können aber dadurch die Schwierigkeit keineswegs ganz beseitigen, da derselbe von rescision auch in solchen Fällen spricht und nullité de plein droit leugnet, in welchen sie Nichtigkeit annehmen zu müssen glauben, z. B. bei Zwang, Betrug, Irrthum. Die Meisten suchen sich dadurch zu helfen, daß sie jene Ausdrücke als Reminiscenzen der aufgegebenen Theorie des älteren Rechts bezeichnen. „Le vieux système," sagt z. B. Troplong[22]), „est donc de plus en plus ébranlé, j'ose même le proclamer mort définitivement, quoiqu'il se survive encore dans une terminologie importune, dont le C. c. a hérité; car il est plus facile de détruire les choses que les mots". Nebenbei hat gerade Troplong, und schon vor ihm Toullier, auszuführen gesucht, daß der C. N. unter action en rescision allerdings etwas Besonderes verstehe, nur nicht eine Klage, die nicht action en nullité wäre, sondern eine besonders gefärbte action en nullité. Von rescision spreche er da, wo die Nullität des Vertrags nicht aus der Vergleichung desselben mit dem Gesetz unmittelbar erkannt werden könne, so daß ihr Vorhandensein erst durch den Richter festgestellt werden müsse, von nullité oder nullité de plein droit da, wo es nur eines Blicks auf das Gesetz einerseits und den Vertrag andererseits bedürfe, um zu erkennen, daß er null sei[23]).

---

22) l. c. n. 687.

23) „Ainsi, sagt er l. c. n. 687, tout cet arcane des nullités de plein droit, dont on fait tant de bruit, pourrait bien en définitive être assez peu de chose et aboutir à une affaire de présomtion, à une

Auf die Beweise, welche Troplong für diese Ansicht beibringt, wird unten noch näher zurückzukommen sein. Freilich paßt es schlecht dazu, wenn er in einer andern seiner Schriften [24]) bei der Untersuchung einer einzelnen hierher einschlägigen Frage, nach der Wirkung nämlich der Bestätigung einer während der Minderjährigkeit bestellten Hypothek, die rescision des französischen Rechts zu seiner nullité de plein droit in denselben Gegensatz bringt, welcher nach römischem Recht zwischen den contractus ipso iure nulli und den der in integrum restitutio unterworfenen bestehe, und den Unterschied zwischen der action en nullité und der en rescision darin findet, daß diese den Beweis einer Läsion voraussetze, jene nicht. — Einen eigenthümlichen Anblick gewährt auch die Darstellung Toullier's. Während er im Anfange derselben den Unterschied zwischen nullité und rescision bestimmt, wie es so eben angegeben worden ist [25]), schlägt ihm allmälig die action en rescision in die Klage aus einer relativen Nullität über, so daß er sie z. B. aus Minderjährig-

---

question de bonne ou mauvaise réputation pour l'acte, toujours exposé du reste à être annulé malgré sa couleur de validité, ou courant la chance d'être réhabilité malgré son état présumé et apparent de nullité". Und n. 688: (Les actions en nullité et les actions en rescision) . . "procèdent d'une nullité; toute action en rescision est une action en nullité et a droit à cette qualification, que le legislateur lui donne d'ailleurs dans une foule d'articles". Eine ähnliche Erklärung der nullité de droit bei Zachariae I. §. 37 zu Note 15 und 16. Siehe auch Bazeille l. c. n. 536, Boileux II. p. 652 und Duranton X. n. 139, wovon sogleich noch.

24) Des privilèges et hypothèques n. 487 s. Vergl. Vente n. 166. Aehnlich Toullier VI. n. 106.

25) Er nennt die rescision, die nicht auf der Hand liegende nullité, auch nullité par voie d'action, im Gegensatze der nullité de droit, ohne jedoch damit einen andern Unterschied als den Troplong'schen bezeichnen zu wollen.

keit und Mangel des eheherrlichen Consenses entstehen läßt, welche er im Anfange als Gründe der nullité de droit bezeichnet hat [26]). Zuletzt muß sie sich sogar gefallen lassen, als besonderes Rechtsmittel zur Geltendmachung der auf einer Läsion beruhenden relativen Ungültigkeit aufzutreten [27]). — In Beziehung auf die nullité de plein droit geht Bazeille einen Schritt weiter, indem er darunter diejenige Nullität versteht, welche durch Klage nicht geltend gemacht zu werden brauche. Es ist höchst bezeichnend für die Macht, mit welcher die Lehre, daß jede Nichtigkeit mit einer action en nullité durchgeführt werden müsse, die Schriftsteller des C. N. beherrscht, daß Troplong diese Erklärung der nullité de plein droit, die ihm so große Schwierigkeiten macht, nicht nur nicht gefunden hat, sondern ausdrücklich bekämpft, obgleich er doch zuzugeben nicht unterlassen kann, daß in bestimmten Fällen die action en nullité allerdings nicht nöthig sei; so wie es sich nur aus der unbezweifelten Autorität, welche der Satz, daß

---

26) VII. n. 521. 529, cf. 565. 566. Toullier denkt offenbar bei seiner Definition der action en rescision nur an die Klagen aus Zwang, Betrug, Irrthum, welche er auch fortwährend als Beispiele nennt. So läßt er sie denn im Verlaufe der Darstellung auch aus andern Mängeln entstehen, welche, wie jene, eine relative Nullität begründen, ohne darnach zu fragen, ob diese nullité auch eine nullité non apparente sei. Allerdings erscheint nun auch diese action en rescision als eine von der früheren wesentlich verschiedene. Denn während Toullier im Anfange seiner Darstellung lehrt, daß der practische Unterschied zwischen der action en nullité und der action en rescision sich unter anderem darin zeige, daß die letztere eine Läsion voraussetze, jene nicht (n. 527), wird später, wo ihm die action en rescision mit der Klage aus einer relativen Nullität gleichbedeutend geworden ist, diese letzte als eine Nullität definirt, welche einer Parthei das Recht gebe, „de revenir contre un contrat par sa seule volonté et sans prouver aucune lésion". (n. 564).

27) l. c. n. 572 vergl. mit n. 574. 570.

es nur eine Nichtigkeit der Verträge gebe, in Frankreich genießt, erklärt, daß Vazeille nicht einen kleinen Schritt weiter gethan und die Verträge, deren Ungültigkeit erst mit einer Klage geltend gemacht werden muß, nun auch für an und für sich bestehend, für bloß anfechtbar erklärt hat, wodurch er zugleich für die rescision und restitution des C. N. die zutreffende Erklärung gewonnen hätte[28]).

Unter allen Schriftstellern sind Duranton[29]) und Demante[30]) die Einzigen, welche eine Anfechtbarkeit in ausgedehntem Sinne anerkennen; sie identificiren zugleich das Gebiet derselben und das der Klage des Art. 1304, halten die letztere nur in den Fällen für nöthig und möglich, wo der Vertrag an und für sich bestehe. Um so auffallender ist es, daß dieser wesentliche Gegensatz Duranton's zu den übrigen Schriftstellern weder von ihm, noch von diesen ausdrücklich hervorgehoben wird[31]). So polemisirt er ausdrücklich gegen die Behauptung Toullier's, daß ein praktischer Unterschied zwischen der action en nullité und der action en rescision bestehe, ohne gegen das von Toullier aufgestellte

---

28) Im Grunde, was ist eine Nichtigkeit, welche das Recht nicht eher anerkennt, bis sie durch Klage geltend gemacht worden ist, anderes, als eine Anfechtbarkeit? Aber Vazeille sagt z. B. von der Wirkung des Zwanges: „La vente arrachée par violence ne se forme pas valablement, elle naît avec sa nullité, tandis que la vente, qui se résout par le défaut du paiement du prix, s'est formée valablement et ne périt, que parcequ'on ne remplit pas les conditions indispensables pour le faire subsister". l. c. n. 588.

29) Er handelt von den Nullitäten XII. n. 512 – 572.

30) Thémis V. p. 131 s.

31) Demante's kurze Darstellung läßt sich auf Polemik nicht ein und scheint weniger bekannt geworden zu sein.

Princip dieser Unterscheidung ein Wort zu sagen[32]). Und Troplong[33]) wieder macht Duranton's Darstellung keinen andern Vorwurf, als diesen Tadel Toullier's, ihre Grundlage bestreitet er nicht im Mindesten. Es erklärt sich dies nur daraus, daß den Schriftstellern die Begriffe der relativen Nullität und der Anfechtbarkeit, so sehr auch die Meisten diesen letzteren perhorresciren, in einander verschwimmen. So lehrt Toullier, daß die Bestätigung des an einer relativen Nichtigkeit leidenden Vertrages sei „la renonciation à changer de volonté", also ihn nicht erst neu schaffe, daß er „s'évanouit", wenn die Nichtigkeit geltend gemacht werde. An einer andern Stelle citirt er für seine Meinung den Ausspruch eines älteren Schriftstellers, daß die von dem Minderjährigen eingegangene Verbindlichkeit eine obligation subsistante sei, und läßt sich sogar die Behauptung entschlüpfen, daß die Verträge des Minderjährigen nicht nuls seien, allerdings zunächst nur mit Beziehung auf das römische Recht, von dem er aber gleich darauf erklärt, daß es im C. N. wiedergegeben sei[34]). Derselbe Ausspruch findet sich bei Delvincourt[35]), und sogar bei Troplong, an einer Stelle seines Werkes über die Verjährung[36]), wo er sich zu beweisen bemüht, daß der an einer relativen Nullität leidende Ti-

32) l. c. n. 525. An einer andern Stelle (X. n. 139) erklärt er den Satz, daß der Irrthum, obgleich den Consens ausschließend, mit der action en nullité ou en rescision geltend gemacht werden müsse, damit, daß er wenigstens den Schein eines Vertrags entstehen lasse, — also ganz die Troplong'sche Auffassung der action en rescision.

33) De la vente n. 687. Vergl. auch n. 249.

34) l. c. n. 564. 565.

35) II. p. 380.

36) n. 902.

tel nicht ein im Sinne des Art. 2267 die Ersitzung ausschließender sei[37]).

Eine eigenthümliche, aber doch mit der in der französischen Jurisprudenz herrschenden nahe verwandte Ansicht hat neuerdings ein deutscher Schriftsteller, Stabel[38]), aufgestellt. Auch er erkennt nur eine Art der Ungültigkeit an und lehrt, daß sie durch Klage geltend gemacht werden müsse[39]), aber diese Ungültigkeit faßt er nicht als Nichtigkeit, sondern als Anfechtbarkeit auf[40]). Dabei hält er die action en nullité und die action en rescision zwar nicht für identisch, glaubt

37) Etwas Aehnliches ist es, wenn Zachariae, trotz der Bestimmtheit, mit welcher er in allen Fällen der Ungültigkeit, diejenigen ausgenommen, in welchen sie auf Läsion beruht, Nichtigkeit behauptet, dennoch, zwischen der vom Gesetz ausdrücklich verfügten und der nur aus seinem Grunde gefolgerten Nichtigkeit unterscheidend, ausspricht, daß die Nichtigkeitsklage bei einer Nichtigkeit der ersten Art gegen die Wirksamkeit, bei einer Nichtigkeit der zweiten Art gegen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts gerichtet sei, und wenn er die Bestätigung nur bei denjenigen Verbindlichkeiten für zulässig erklärt, „welche einerseits mit der Nichtigkeitsklage oder der Klage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angefochten werden können, und andererseits, bis daß sie mit einer oder der anderen dieser Klagen angefochten werden, rechtsbeständig sind". Handbuch I §. 37 (p. 73), II. §. 333. 339.

38) Vorträge über das französische und badische Civilrecht. Freiburg. 1843 (§. 47).

39) Er will aber, wie Zachariae, von nullité da nicht geredet wissen, wo einem Rechtsgeschäft eine wesentliche Voraussetzung seiner Existenz mangele, und giebt außerdem zwei einzelne Ausnahmen von der Nothwendigkeit der Klage zu. Die eine stützt er auf das badische Gesetzbuch, die andere auf den Art. 1131 des C. N., wo von einer Verbindlichkeit gesagt werde „ne peut avoir aucun effet". (Dieser Ausdruck wird aber noch in vielen Stellen des C. N. gebraucht.)

40) Er läßt sich durch den Umstand bestimmen, daß der C. N. die action en nullité ou en rescision unter den Thatsachen aufführt, wodurch Verbindlichkeiten erlöschen. Davon noch unten.

aber, daß es eine fruchtlose Mühe sei, „aus dem Gesetzbuch ein streng durchgeführtes Kriterium (der Scheidung) aufzusuchen". Ueberdies hingen davon keine praktischen Folgen ab; wolle man einen Unterschied machen, so sei der von Zachariae aufgestellte (zwischen Nullität, die auf Läsion, und derjenigen, die auf einem andern Grunde beruht,) der Sache am Meisten gemäß[41].

II.

Nach meiner Ansicht kennt der C. N. allerdings eine Anfechtbarkeit, d. h. eine Ungültigkeit des an und für sich bestehenden Rechtsgeschäfts, und diese Anfechtbarkeit ist zugleich die Voraussetzung derjenigen Klage, welche er im Art. 1304 an die zehnjährige Verjährung bindet; so daß wir durch nichts zu der Annahme berechtigt sind, daß in seinem Sinne auch die wirkliche Nichtigkeit durch Klage überhaupt, oder gar in bestimmter Frist, geltend gemacht werden müsse.

Meine Ansicht stimmt also im Resultat mit der von Duranton und Demante überein; die Begründung und Vertheidigung derselben freilich, wie sie im Folgenden gegeben werden wird, haben diese Schriftsteller nicht überflüssig gemacht. Es wird sich dabei zwar zeigen, daß diese richtige Ansicht so nahe liegt, daß es kaum begreiflich erscheint, wie jene Schriftsteller die Einzigen haben bleiben können, welche sie aufgestellt haben. Auf der andern Seite aber läßt sich auch nicht leugnen, daß die Unklarheit der Begriffe und Inconsequenz der Ansicht, welche wir in der Jurisprudenz des C. N. gefunden haben, zum Theil auch schon bei denjenigen Männern hervortritt, denen er seine Entstehung zu verdanken hat. Dies, so wie die Betrachtung der Isolirtheit, worin bisher

41) l. c. §. 49.

die richtige Ansicht, ohne auf die Praxis eine durchgreifende Wirkung auszuüben, geblieben ist, hat mich bestimmt, die Begründung derselben in aller Vollständigkeit und Ausführlichkeit zu geben, und den Vorwurf der unnöthigen Häufung von Beweisen weniger zu scheuen, als die Gefahr, durch meine Arbeit kein anderes Resultat zu erzielen, als die Zahl der Meinungen um eine vermehrt zu haben.

Die wahre Bedeutung der action en nullité ou en rescision ergibt sich unmittelbar aus dem Art. 1117. Derselbe lautet:

La convention contractée par erreur, violence ou dol n'est pas nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII. du chapitre V. du présent titre. (Art. 1304 f.)

Wenn der C. N. sonst von einer rechtlichen Wirkung sagt, daß sie de plein droit oder de droit eintrete, so meint er damit, daß sie unter den bezeichneten Verhältnissen von selbst, propria vi, eintrete, ohne daß ein Anderes, wobei er in der Regel an eine menschliche Thätigkeit denkt, hinzuzutreten brauche. So heißt es, daß Aeltern und Ascendenten de plein droit, de droit Vormünder ihrer Kinder seien, während andere Personen nur durch einen Beschluß des Familienrathes zur Vormundschaft gelangen können (Art, 390, 402, 405). Der Minderjährige wird durch die Heirath de plein droit emancipirt (Art. 476), aber auch der nicht verheirathete Minderjährige kann von seinen Aeltern oder durch einen Beschluß des Familienrathes der Gewalt entlassen werden (Art. 477. 478). Die „héritiers légitimes" sind „saisis de plein droit" (Art. 724); andere zur Erbschaft berufene Personen erwerben dieselbe erst durch Einweisung (Art. 770). Die Schenkung wird durch liberi supervenientes „révoquée de plein droit"; Un-

dankbarkeit des Beschenkten muß erst durch eine demande en révocation geltend gemacht werden (Art. 960, 956, 957). Nichterfüllung des zweiseitigen Vertrags von der einen Seite wirkt wie eine Resolutiv-Bedingung; aber der Vertrag ist nicht „résolu de plein droit“, sondern die Parthei muß erst „en demander la résolution“ (Art. 1184).

Darnach kann auch der Sinn des Art. 1117 kein anderer sein, als dieser: Zwang, Betrug, Irrthum machen an und für sich den Vertrag noch nicht nul, d. h. er besteht, aber sie geben das Recht, zu verlangen, daß er nul gemacht, umgestoßen werde. Die Klage, womit dies verlangt werden muß, ist eben die action en nullité ou en rescision; der Ausdruck „action en nullité ou en rescision“ bezeichnet also eine und dieselbe, nicht zwei verschiedene Klagen, das ou ist in demselben nicht disjunctiv, sondern gleichstellend.

Wenn daher Bazeille behauptet, daß die Verträge, welche nicht nuls de plein droit seien, gar nicht beständen, so ist dies unrichtig. Indem er freilich hinzufügt, daß die Richtigkeit derselben vom Gesetze nicht eher anerkannt werde, bis sie durch die action en nullité ou en rescision durchgeführt worden sei, corrigirt er diese Unrichtigkeit in einer Weise, daß sie für das practische Resultat verschwindet.

Wenn dagegen Toullier und Troplong lehren, daß das Gesetz nicht bloß den Vertrag, welchem es die nullité de plein droit abspreche, dennoch für nichtig halte, sondern auch den Gegensatz zwischen der nullité de plein droit und der nicht de plein droit eintretenden gar nicht darin setze, daß jene durch Klage geltend gemacht werden müsse, diese die action en nullité ou en rescision nicht erfordere, so fragt man billig nach der Rechtfertigung einer solchen, den Worten des Art. 1117 so geradezu widersprechenden Ansicht.

Toullier hat Gründe dafür nicht angegeben, Trop-

long dagegen an ihre Begründung eine sehr beredte Darstellung gewendet[42].

Eine nullité de droit, sagt er, ist diejenige, welche das Gesetz in der Weise verfügt, daß es dem Richter nichts überläßt, als eine passive Thätigkeit, nämlich das Vorhandensein der Nullität auszusprechen. Das ist dann der Fall, wenn es die Voraussetzungen der Nullität genau angegeben hat, und dieselben ihrer Natur nach eines Beweises nicht bedürfen. In einem solchen Falle „le droit étant celui, qui compose le fait et qui le caractérise légalement, tout est son ouvrage". Als Beispiel führt Troplong die Vorschrift an, daß die nach der Interdiction vorgenommenen Rechtsgeschäfte nuls seien. Aber, fährt er fort, eine so genaue Bestimmung kann das Gesetz nicht immer geben; es muß sich oft damit begnügen, die Voraussetzungen der Nullität im Allgemeinen anzugeben, und dem Richter überlassen, im einzelnen Fall zu untersuchen, ob dieselben vorhanden seien; „la loi se reconnaît incompétente pour s'occuper des faits particuliers, d'où la nullité découle". „Elle ne cherche donc pas", heißt es an einer andern Stelle, „a composer le fait, à l'enfermer dans des limites et des conditions inflexibles, à le décrire d'une manière absolue. Elle se repose de ce soin sur le juge, qu'elle charge de peser la moralité du fait, et de la qualifier ensuite. D'où il suit, que le juge est de moitié avec la loi". Eine gesetzliche Bestimmung dieser Art sieht Troplong namentlich in derjenigen, welche Zwang, Betrug und Irrthum für Ungültigkeitsgründe erklärt, wobei er noch hervorhebt, daß „ces vices ne se supposent jamais et reposent d'ailleurs sur des faits occultes, dont l'acte ne fait pas preuve".

Eine nullité de plein droit soll also diejenige sein, welche

42) De la vente n. 687.

das Gesetz allein, im Gegensatz derjenigen, welche es im Verein mit dem Richter ausspricht. Vom Standpunkte des Gesetzgebers aus aber hat dieser Gegensatz keinen Sinn. Der Gesetzgeber verfügt jede Nichtigkeit allein; er bedarf des Richters nicht, um die Voraussetzungen seiner Verfügung zu finden, sondern nur, um festzustellen, daß sie im einzelnen Falle vorhanden seien. Dieser Gegensatz hat nur Sinn vom Standpunkte des Einzelnen aus, welcher die verschiedenen Nullitäten betrachtet. Er kann allerdings zwischen denjenigen unterscheiden, deren Vorhandensein er im einzelnen Falle durch einen Blick auf das Gesetz und das Rechtsgeschäft erkennt, und denjenigen, von deren Vorhandensein er nicht eher sicher sein kann, bis ein richterliches Urtheil dasselbe ausgesprochen hat. Es mag auch zugegeben werden, daß er gerade die auf Zwang, Betrug, Irrthum beruhende Nullität zu den letzteren zählen wird, zum Theil, weil diese Thatsachen in der Regel erst eines Beweises bedürfen, zum Theil deswegen, weil es oft ungewiß sein kann, ob ein Zwang, Betrug, Irrthum gerade von der Art vorliege, wie ihn das Gesetz zur Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte erfordert.

Sollen wir uns nun den Gesetzgeber im Art. 1117 die Reflexionen dieses Dritten aussprechend denken? Dann wäre sein Sinn dieser: Zwar machen Zwang, Betrug, Irrthum den Vertrag nichtig, — wobei er natürlich voraussetzt, daß der Zwang rc. ein vernichtender sei; — aber daß derselbe nichtig sei, kann im einzelnen Fall aus meiner Bestimmung unmittelbar nicht erkannt werden, der Richter muß erst feststellen, daß der Vertrag an einem vernichtenden Zwange, Betruge, Irrthume wirklich leide. — Ich glaube nicht, daß man berechtigt ist, den Redaktoren des C. N. eine in diesem Grade leere und nichtssagende Bestimmung zuzutrauen. Denn was sagt sie anderes, als: Zwang, Betrug, Irrthum machen den Ver-

trag zwar nichtig, aber nur, wenn ihr Vorhandensein nachgewiesen wird.

Und nicht einmal das sagt sie. Nicht den richterlichen Ausspruch des Vorhandenseins von Zwang, Betrug, Irrthum erfordert der Art. 1117 zur Ungültigkeit des Vertrages, er erfordert action en nullité ou en rescision. Was berechtigt Troplong, dieser Klage gerade die Bedeutung beizulegen, welche er ihr gibt, und als dasjenige, was die nullité de plein droit von der nicht de plein droit eintretenden scheidet, nicht diese Klage selbst, sondern jenen willkührlich gefundenen Inhalt derselben zu bezeichnen?

Aber, wendet Troplong ein, und nicht ohne Schein, im Art. 502 hat die nullité de droit doch wirklich den von mir behaupteten Sinn. — Sehen wir zu.

Der Art. 502 enthält den Satz, daß alle nach der Interdiction vorgenommenen Rechtsgeschäfte nuls de droit seien. Im Gegensatze dazu heißt es im Art. 503: Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque, où ces actes ont été faits.

Hier kann nun allerdings von dem Gegensatze zwischen der ipso iure eintretenden und der durch Klage geltend zu machenden Ungültigkeit nicht die Rede sein. Denn die Interdiction erzeugt eben so wohl die action en nullité ou en rescision (Art. 1304), als der bloße Wahnsinn, wo er überhaupt Ungültigkeitsgrund ist.

Daß aber auch der Troplong'sche Gegensatz hier nicht gemeint sein kann, geht schon daraus hervor, daß die Ungültigkeit der Verträge des Wahnsinnigen gewiß eben so offenbar ist, als die der Verträge des Interdicirten. Diese wird aus dem Interdictionsurtheil erkannt, jene aus der Notorie-

tät des Wahnsinnes; was kann offenbarer sein, als das Notorische?

Troplong setzt bei seiner Erklärung des Art. 503 voraus, daß er sage: die im notorischen Wahnsinne vor dem Interdictionsurtheile abgeschlossenen Verträge können annullirt werden. Würde er dieses sagen, so hätte die Troplong'sche Erklärung wenigstens das für sich, daß sich keine andere darböte.

Aber das sagt er nicht. Er spricht die nullité de droit nicht den im notorischen Wahnsinne, sondern den vor der Interdiction, wenn auch im Wahnsinne, abgeschlossenen Verträgen ab. Diese also sind nach der so eben gegebenen Erklärung der nullité de droit gar nicht nuls; aber sie können annullirt werden, wenn etwas Anderes hinzutritt — Notorietät des Wahnsinns.

So hat das „de droit" hier den Sinn, welchen es überall hat. Von einer rechtlichen Folge wird einmal gesagt, daß sie de droit eintrete, weil, damit sie eintrete, nichts Anderes nothwendig ist, als das Vorhandensein der Thatsache, über deren Wirkung das Gesetz bestimmen will, — der Interdiction. Ein anderes Mal wird geleugnet, daß sie de droit eintrete, weil das Gesetz die Thatsache, von welcher es handelt, für nicht ausreichend hält, damit sie eintrete, das Hinzukommen einer anderen verlangt. Man kann sogar den Gegensatz durch die nahe liegende Annahme noch vollständiger machen, daß das Gesetz, indem es die Rechtsgeschäfte des Interdicirten für nuls de droit erklärt, daran gedacht habe, daß das Vorhandensein von Wahnsinn neben der Interdiction nicht nothwendig sei.

Der Unterschied zwischen dem Art. 503 und dem Art. 1117 liegt nur in der Verschiedenheit der Thatsachen, deren Hinzutreten zu den von ihm zunächst behandelten Thatsachen das Gesetz verlangt, damit nullité vorhanden sei; im Art.

1117 ist es ein richterliches Urtheil, im Art. 503 ist es ein von menschlicher Willkühr unabhängiges Factum — Notorietät des Wahnsinns; an den Gegensatz der durch Klage geltend zu machenden gegen die von selbst eintretende Nullität wird hier gar nicht gedacht [43]). Darum liegt auch der Schwerpunkt der Bestimmung des Art. 503 nicht in dem »peuvent *être annulés*«; derselbe hätte unbeschadet des Sinnes, welchen er ausdrücken wollte, auch sagen können „sont nuls". Daß er jenen Ausdruck gewählt hat, gibt seiner Verfügung nur eine andere Färbung. Er sagt nun nicht: die Handlungen des Interdicirten sind nuls, bei den vor der Interdiction vorgenommenen muß man unterscheiden, sie sind nuls, wenn zur Zeit der Handlung der Wahnsinn bereits notorisch war, sonst sind sie nicht nuls. Sondern er sagt: die vor der Interdiction abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind nicht nuls, sie können aber für nuls erklärt werden, wenn der Wahnsinn zur Zeit des Abschlusses bereits notorisch war. Eine solche Ungültigkeitserklärung eines Rechtsgeschäfts, welches es an und für sich für tadellos hält, muß dem Gesetze dann als ein Ungültigmachen erscheinen [44]). — Ganz dieselbe Ausdrucksweise findet sich im Art. 444 des Code de commerce. „Tous actes translatifs de propriétés immobilières", heißt es hier, „faits par le failli *à titre gratuit* dans les dix jours,

43) S. den folgenden §.

44) Indem das Gesetz von den Rechtsgeschäften des Interdicirten spricht, setzt es das Vorhandensein des Mangels voraus, indem es von Rechtsgeschäften, welche vor der Interdiction vorgenommen worden sind, spricht, setzt es die Tadellosigkeit derselben voraus. Auch Troplong spricht davon, daß das Gesetz im Art. 503 das Rechtsgeschäft als gültig ansehe; aber nach meiner Erklärung sieht das Gesetz dasselbe als gültig an, weil es keinen Fehler hat, nach der Troplong'schen trotz seines Fehlers.

qui précèdent l'ouverture de la faillite, sont *nuls* et *sans effets* relativement à la masse des créanciers; tous actes du même genre *à titre onéreux sont susceptibles d'être annulés* sur la demande des créanciers, *s*'ils paraissent aux juges porter des caractères de fraude". Auch hier liegt der Gegensatz nicht in der verschiedenen Art der nullité, sondern in der verschiedenen Auffassung ihrer Voraussetzungen. Die Veräußerungen von Immobilien titulo gratuito erklärt das Gesetz für an und für sich nuls, die Veräußerungen titulo oneroso für an und für sich gültig. Aber auch diese letzteren können möglicherweise *nuls* sein; sie sind es dann, wenn sie in fraudem creditorum vorgenommen sind. In diesem Falle hat der Richter die Befugniß, sie für nuls zu erklären, d. h. ihnen die Gültigkeit, welche sie abgesehen von jener Voraussetzung haben, zu nehmen.

III.

Die vorstehende Ausführung macht es nothwendig, auf eine bereits in der vorigen Abhandlung gemachte Bemerkung zurückzukommen. Wir sehen, wie der Art. 502 die Rechtsgeschäfte des Interdicirten, gegen welche der Art. 1304 doch die Rescissionsklage gibt, als „nuls" bezeichnet. Ebenso nennt der C. N. Zwang, Betrug, Irrthum „causes de nullité", und Troplong stützt zu einem bedeutenden Theile hierauf seine Behauptung, daß jene Mängel dem Vertrage alle Existenz rauben.

Es wurde aber schon gesagt, daß die Ausdrücke „nul, nullité" im C. N. keineswegs nothwendig die Nichtexistenz eines Rechtsgeschäftes, daß sie häufig nur die Ungültigkeit im Allgemeinen bezeichnen, es unbestimmt lassend, ob dieselbe Nichtigkeit oder bloß Anfechtbarkeit ist. Der C. N. folgt darin nur dem Sprachgebrauch der Jurisprudenz, welche er

vorfand. So sagt Dunod in seinem Werke über die Verjährung[45]), indem er die Nullitäten in absolute und relative theilt, daß die an einer Nullität der letzteren Art leidenden Verträge „ne sont pas même toujours nuls de plein droit à l'égard de la partie interessée; car il faut souvent, qu'elle les fasse rescinder". Daher spricht der C. N. auch von einer déclaration de nullité da, wo offenbar nur eine Anfechtbarkeit vorliegt, z. B. in den Art. 271 und 2146 in Beziehung auf Rechtsgeschäfte, welche in fraudem Dritter vorgenommen sind.

So erklärt denn auch der Art. 502 die Rechtsgeschäfte des Interdicirten nur für nuls im Allgemeinen, ohne an die Art der Geltendmachung ihrer nullité zu denken. Und dasselbe würde für diejenigen Artikel behauptet werden dürfen, in welchen Zwang, Betrug, Irrthum als causes de nullité bezeichnet werden, wenn hier nicht, wie sich unten zeigen wird, andere Gründe eine andere Erklärung nöthig machten.

Dieselbe unbestimmte Bedeutung hat nullité auch in dem Ausdrucke „action en nullité ou en rescision". Action en nullité ist hier nicht eine action en annulation, sondern geradezu en déclaration de nullité d. h. auf Ungültigkeitserklärung. Aber diese Ungültigkeit wird hier nicht in ihrer Unbestimmtheit gelassen, sondern durch den Zusatz „ou en rescision" als Anfechtbarkeit bezeichnet.

IV.

Das bisher aus dem Art. 1117 gefundene Resultat wird durch die Geschichte der Lehre von den Nullitäten bestätigt.

Die ältere Jurisprudenz machte einen Unterschied zwi-

---

45) Citirt bei Merlin Répertoire s. v. nullité §. 4.

schen den auf den Gewohnheitsrechten und den königlichen Ordonnanzen beruhenden Nullitäten einerseits, und den von dem römischen Rechte verfügten andererseits, — nullités de coutume et d'ordonnance — nullités de droit.

In Beziehung auf letztere galt der seltsame Satz, daß der Richter sie nicht aussprechen und seinem Urtheile zu Grunde legen dürfe, ohne durch einen von der betreibenden Parthei zu erwirkenden königlichen Brief[46]) dazu ermächtigt zu sein. Man dachte sich dabei den König als den ausschließlichen Erben der prätorischen Befugniß, in integrum restitutio zu ertheilen, und verlangte — „in argumentum primarii, meri, maiorisque imperii regis" [47]) — diese in integrum restitutio auch da, wo das römische Recht sie nicht vorgeschrieben hatte. Der Name für einen solchen Brief war lettres de rescision, und der Auftrag, welchen er dem Richter ertheilte, ging geradezu auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [48]).

---

46) Solche Briefe wurden aber nicht beim Könige selbst, sondern in den „chancelleries" der Parlamente und Präsidialgerichtshöfe (présidiaux) gelöst. Merlin Rép. s. v. chancellerie — „c'est le tribunal, où l'on scelle certaines lettres avec le sceau du prince".

47) Mornac zu l. 21 D. quod metus causa, citirt bei Merlin Rép. s. v. nullité §. 7.

48) Ferrieres gibt in seinem Dictionaire de droit s. v. lettres de rescision folgendes Muster eines solchen Briefes an: Nous te mandons, de faire commandement de par nous à un tel juge... (der Brief wird an einen „huissier" oder „sergent général" gerichtet, an den Richter selbst nur, wenn er „juge royal" ist), que s'il lui appert de ce qui dessus, notamment etc., il ait à remettre les parties en tel et semblable état, qu'elles étaient auparavant le contrat d'un tel jour, que nous ne voulons ni nuire ni préjudicier à l'exposant, et dont en tant, que besoin est ou serait, nous l'avons relevé et relevons par les présentes.

Die bedeutende Autorität, welche dieser Satz [49]) genoß, erkennt man schon daraus, daß er zur Rechtsparömie geworden war. Les voies de nullité, lehrte man [50]), n'ont point de lieu en France. Doch war seine Herrschaft keineswegs eine unbestrittene. Der Verfasser des Artikels nullité in Mer=

49) Sehr deutlich tritt derselbe bei Rebuffus, einem Schriftsteller des 16. Jahrhunderts hervor. In seinem tractatus de rescissionibus contractuum (in „Commentarius de constitutionibus regni. Lugduni 1613." II. p. 402 s.) heißt es: „Imprimis discutiendum est, quod contractus est nullus aut tenet, sed tamen est annullandus. Itaque quum contractus est nullus, agi potest coram iudice ordinario impetratis litteris regiis in hoc regno et coram eo peti, ut declaretur nullus et *quantum de facto processit rescindatur*. . .; nam quum contractus est nullus, rumpi non potest, nisi in quantum de facto processit. Interdum contractus tenet, sed aliqua ex causa est annullandus. Et tunc pars potest coram ordinario adversam convenire partem et petere illum contractum rescindi . . . Practica tamen regni est in utroque casu, ut impetrentur litterae regiae directae ordinariis iudicibus, ut rescindere et annullare contractum debeant, et de consuetudine regni iudices sine litteris regiis non solent procedere ad nullitatis etiam declarationem vel ad contractus rescissionem". Darnach zählt nun auch der Verfasser unter den Rescissionsgründen neben der Minderjährigkeit den Wahnsinn, neben dem Zwang causa inhonesta und Mangel des Gegenstandes beim Vertrage auf. Er fügt hinzu, daß auch, wenn der Vertrag nichtig sei, derjenige, welcher in Verfolg desselben den Besitz einer Sache erlangt habe, zur Restitution der Früchte kaum anders als vom Tage der litis contestatio verurtheilt werde. „Et ita vidi servari, licet aliter a iure disponatur, ut dictum fuit". — Merkwürdig ist nur, daß er gerade bei anfechtbaren Verträgen die litterae regiae nicht als Regel ansieht.

50) So Domat, welcher wie die neuere Jurisprudenz die vices des conventions fast sämmtlich als Nichtigkeitsgründe ansieht, aber diese als „autant de causes de rescision ou de restitution" behandelt (Lois civiles l. I. tit. 1 sect. 5. 6, tit. 18 préambule, l. IV. tit. 6 préambule), Argou (Institutions du droit français. Paris 1787.) p. 478, Serres (Institutions du droit français. Paris 1753.) p. 590, Ferrieres in seinem Dictionaire de droit s. v. nullité Loysel Institutes contumières, ed. Dupin et Laboulaye.) n. 710.

lin's Répertoire berichtet, daß er in einzelnen Provinzen, so in der Franche-Comté und Lothringen, gar nicht gegolten habe, und auch in den übrigen suchte man ihn allmälig auf sein richtiges Maaß zurückzuführen. „Nos praticiens", sagt Legrand[51]), „en exceptent communement les usures, les simoniens et les contrats faits avec pupilles", und an einer andern Stelle[52]) lehrt er, daß, wenn der Vertrag an und für sich nichtig sei, „la formalité des lettres n'empêche pas, que le principal de l'affaire ne doit être jugé selon sa nature et qualité", und daß namentlich die Einhaltung der zehnjährigen Frist, an welche zwei Ordonnanzen, von Ludwig XII. aus dem Jahre 1510 und von Franz I. aus dem Jahre 1539, die Erwirkung der Rescission gebunden hatten[53]), nur da verlangt werden dürfe, wo ein Vertrag vorliege, zu dessen Umstoßung nach römischem, wie nach französischem Rechte Restitution erforderlich sei. Denn in Fällen, wo er nichtig sei, „selon la vraie raison il ne serait pas besoin de lettres". Und der Verfasser des Artikels nullité in Mer-

51) Sur la coutume de Troyes Art. 138 (citirt bei Merlin Rép. s. v. nullité §. 7).

52) Zu Art. 139 derselben Coutume (Merlin das.).

53) Die Ordonnanz von Franz I. (Art. 134) bezieht sich auf die Rechtsgeschäfte der Minderjährigen, die Ordonnanz von Ludwig XII. (Art. 46) auf die Rechtsgeschäfte der Großjährigen. Und zwar spricht sie nur von „rescissions fondées sur fraude, dol, convention, crainte, violence ou déception d'outre moitié de juste prix", so daß noch Dumoulin, der kurz nach ihr schrieb, (tit. 1 §. 33 gl. 1 n. 47) nicht im Mindesten daran zweifelt, daß sich ihre Herrschaft nicht weiter, als auf die „rescissio etiam iure communi concessa" erstrecke, während eine consequente Durchführung der einmal angenommenen Lehre von den lettres de rescision sie auch auf die Nichtigkeiten ausdehnen mußte. Das war offenbar die am Meisten eingreifende Folge dieser Lehre, dies aber auch die Seite, von welcher sie am Ersten angegriffen wurde.

lin's Répertoire spricht geradezu aus[54]), daß sie in solchen Fällen wirklich nicht erforderlich sei.

Die Nothwendigkeit der lettres de rescision wurde aufgehoben durch das Gesetz vom 6. September 1790. In allen Fällen, heißt es im Art. 21 desselben, wo früher ein königlicher Brief nöthig war, „il suffira de se pourvoir pardevant les juges competens pour la connaissance immediate du fonds". Durch diese Bestimmung wurde aber auch bloß die Nothwendigkeit, einen königlichen Brief zu erwirken, für den Fall der Nichtigkeit wie den der bloßen Anfechtbarkeit, aufgehoben; an dem Materiellen des Gegensatzes zwischen Nullität und Rescissibilität hat sie nichts geändert; derselbe bestand vielmehr auch nach ihr in den Grenzen fort, in welchem die Jurisprudenz ihn als in dem römischen Rechte begründet anerkannte. Die Commentatoren des C. N. dagegen gründen gerade auf dieses Gesetz ihre Behauptung, daß das geltende Recht keine Anfechtbarkeit mehr kenne; weil dieselbe in der älteren Zeit, auf die Lehre von den lettres de rescision gestützt, Uebergriffe auf ein Gebiet gemacht hatte, auf welchem ihr keine Herrschaft gebührte, glauben sie, daß ihre ganze Bedeutung nur auf diese lettres de rescision gegründet gewesen und daher mit denselben vernichtet worden sei. Jene Uebergriffe sind die hauptsächlichste Ursache der Zurücksetzung, welche sie jetzt zu erleiden hat.

Die nullités d'ordonnance und de coutume, so wie die-

54) „On peut aller plus loin", bemerkt er zu der angeführten ersten Stelle aus Legrand, „qu'elle (die Regel les voies de nullité etc) ne peut avoir lieu ni par rapport aux actes contraires aux bonnes moeurs ou au droit public, ni relativement à ceux, que des vices de forme intrinsèque empêchent de regarder comme existans, ni dans les cas, où la nullité provient d'une incapacité légale et absolue de contracter".

jenigen nullités de droit, welche sich von den Fesseln der lettres de rescision befreit hatten, konnten unmittelbar vor dem Richter geltend gemacht werden. Man unterschied sie in absolues und respectives oder relatives. Absolut, lehrt Dunod[55], ist diejenige Nullität, welche auf einem Gesetze beruht, „dont l'intérêt public est le principal motif". „La nullité, qui résulte de la prohibition en ce cas, est absolue, parceque la loi resiste continuellement et par elle-même à l'acte, qu'elle défend; elle le réduit à un pur fait, qui ne peut être ni confirmé ni autorisé, et qui ne produit aucun droit, aucune action, aucune exception". Eine nullité respective nimmt Dunod da an, wo das sie verfügende Gesetz „primario spectat utilitatem privatam, et secundario publicam". Er rechnet dahin z. B. das Verbot der Veräußerung des fundus dotalis und von Mündelgütern ohne richterliches Decret. Solche Verbote, sagt er, „n'anullent pas pleinement et simplement les actes, qui sont faits au contraire; ces actes existent à l'égard des tiers et ne sont déclarés nuls que quand les personnes, que la loi a voulu favoriser, le demandent; ils peuvent être confirmés et ratifiés, les tiers s'obligent valablement pour leur exécution". An einer andern Stelle[56] sagt er, daß der an einer relativen Nullität leidende Vertrag eine naturalis obligatio erzeuge. Bei Merlin werden diese Ansichten vollständig gebilligt. — Ich lasse es dahin gestellt sein, ob mit dieser Auffassung eine Klage aus einer absoluten Nullität verträglich ist; ich finde bei den Schriftstellern, welche mir zugänglich gewesen sind, wenigstens kein Zeugniß dafür. Bei den relativen Nullitäten dagegen lag die Annahme, daß

55) Traité des prescriptions Part. 1 ch. 8 (citirt bei Merlin s. v. nullité §. 2).

56) Bei Merlin l. c. §. 4 n. 1.

es zu ihrer Geltendmachung einer Klage bedürfe, nahe, und bei Merlin[57]) heißt es ausdrücklich, daß die Klage, „qu'elles produisent“, in 30 Jahren verjähre.

Dies also fanden die Redactoren des C. N. vor; was haben sie daraus gemacht?

Das erste projet, wie es der Gesetzgebungssection des Staatsraths vorgelegt worden ist, unterscheidet zwischen der 30 Jahren dauernden action tendant à faire déclarer nul un contrat, und der action en restitution, welche es in 10 Jahren verjähren läßt.

III. 2. Art. 193. L'action tendant à faire déclarer nul un contrat dure 30 ans, excepté dans les cas, où la loi restreint certaines actions à un terme moindre.

Art. 194. L'action en restitution ne dure que dix ans, du jour de la convention ou de la majorité, s'il s'agit d'un mineur.

Die action en restitution, welche im Art. 16 desselben Titels auch action en nullité ou en restitution genannt wird[58]), entsteht nach Art. 195 und 196 aus Zwang, Betrug, Irrthum, Minderjährigkeit und Läsion bei Immobilarverkäufen und Theilungen. Man sieht, es sind das fast die römischen Restitutionsgründe[59]), und wenn man hinzunimmt, daß der genannte Art. 16 ausdrücklich sagt, daß die durch eine action en nullité ou en restitution geltend zu machende Ungültigkeit keine nullité de plein droit sei, so kann es, bei der Identität des

57) Rép. s. v. prescription sect. 1 § 6 n. 1.

58) Die Klage des Art. 16 ist dieselbe, wie die des Art. 194. Jene hat Zwang, Betrug, Irrthum zur Voraussetzung, diese entsteht aus denselben Gründen (Art. 195).

59) Das genauere Verhältniß zwischen den Gründen der römischen und der französischen Restitution soll in der folgenden Abhandlung nachgewiesen werden.

Namens, keinem Zweifel unterliegen, daß die Redactoren die Lehre der älteren Jurisprudenz von der Restitution, so weit sie dieselbe auch abgesehen von der Regel „les voies de nullité n'ont point de lieu en France“ anerkannte, mit Beibehaltung der durch die Ordonnanzen Ludwig XII. und Franz I. für die Restitution vorgeschriebenen Frist, haben wiedergeben wollen. — Die Gesetzgebungssection des Staatsraths darauf hat nur den Namen dieser Restitutionsklage geändert; in denjenigen Artikeln ihres Entwurfes (und sie sind ohne weitere Aenderung in den C. N. übergegangen), welche den genannten Art. 16 und 194 entsprechen, heißt es statt „action en restitution“ oder „action en nullité ou en restitution“ beide Male „action en nullité ou en recision“. S. Art. 1117, 1304 des C. N.

Dagegen hat die Gesetzgebungssection des Staatsrathes die action tendant à faire déclarer nul un contrat ganz unterdrückt; der Art. 193 des ersten Entwurfs fehlt ganz in ihrer Redaction, und so auch im C. N. Jedoch hat sie dies nicht deswegen gethan, weil sie in dem Falle, für welche die Verfasser des ersten Entwurfs diese Klage bestimmt hatten, eine Klage überhaupt nicht anerkennen wollte; es war vielmehr ihre Meinung, daß in demselben ebenfalls die 10 Jahre dauernde Restitutionsklage angestellt werden sollte. Bewiesen wird das durch eine Aeußerung Bigot-Priameneu's eines der Redactoren, in der Rede, mit welcher er dem gesetzgebenden Körper die Annahme des Gesetzes über die Verträge im Allgemeinen (C. N. III. 2.) empfahl. Er sieht den Unterschied zwischen dem ersten und dem durch die Gesetzgebungssection des Staatsraths umgearbeiteten Entwurf nur darin, daß jener die Ungültigkeitsklage bald in 30, bald in 10 Jahren habe verjähren lassen, während ihr dieser in allen Fällen nur eine Dauer von 10 Jahren gebe, setzt also voraus, daß jene

30jährige Ungültigkeitsklage selbst fortdauere[60]. — Daraus ergibt sich nun aber auch unmittelbar, in welchem Sinne die Redactoren ihre action tendant à faire déclarer nul un contrat aufgefaßt haben; sie können dabei nur an relative Nullitäten gedacht haben. Hätten sie dieselbe auch auf absolute bezogen, wie hätte Bigot nicht als Neuerung des vorgelegten Gesetzentwurfes bezeichnen müssen, daß die gar nicht existirenden Verträge fortan nur durch Restitution sollten umgestoßen werden können? Während unter der Voraussetzung, daß sie nur an relative Nullitäten gedacht haben, es sich bei der nahen Verwandtschaft zwischen relativer Nullität und Anfechtbarkeit sehr wohl erklärt, wie Bigot die action tendant à faire déclarer nul un contrat und die action en restitution für identisch und nur durch die Verjährungszeit geschieden halten konnte. Denn durch die Geltendmachung der relativen Nullität wird, da sie den Vertrag für den andern Contra-

60) »Au nombre des manières«, sagt er, »dont les conventions s'éteignent, est leur annullation. Elle se fait toujours par l' autorité du juge, qui prononce sur l'action en nullité ou en rescision. Un changement important a été fait à l'ancien ordre de choses, quant au délai, pendant lequel cette action peut être intentée. Lorsqu'il s'agissait d'annuller un contrat, ce délai comprenait tout le temps, pendant lequel cet acte pouvait être opposé, c'est-à-dire le long espace de trente années, à moins que la loi n'eût fixé un terme moindre. Il est vrai, que dans la plupart des cas, où il pouvait y avoir lieu à de pareilles actions, on avait senti la nécessité de ne pas laisser dans une aussi longue incertitude le sort des contractans, et le délai avait été limité à dix ans. Le temps de dix ans à été regardé comme le plus long délai, dont une partie puisse avoir besoin pour recourir à la justice...«. Man ist berechtigt, anzunehmen, daß dem »ancien ordre de choses« der Art. 193 des Entwurfs entspricht; die Worte »à moins que la loi n'eût fixé un terme moindre«, weisen geradezu auf den Art. 193 hin (»excepté dans les cas, où la loi restreint certaines actions à un terme moindre«). Disc. publ. V. p. 77.

henten bestehen läßt, allerdings etwas Existirendes umgestoßen, und derjenige, welcher die Klage daraus für eine Anfechtungsklage wirklich hält, begeht nur den Fehler, daß er auf den Standpunkt des Klägers überträgt, was allein für den des Beklagten wahr ist. Auch erklärt es sich nur unter dieser Voraussetzung, wie das projet seine action tendant à faire déclarer nul un contrat unter den Thatsachen aufführen konnte, wodurch Verbindlichkeiten erlöschen.

Die Redactoren haben also die Theorie, welche sie vorfanden, getreu wiedergegeben. Die Gesetzgebungssection des Staatsraths hat aber die relative Nichtigkeit mit der Anfechtbarkeit zusammengeworfen, jene in diese aufgehen lassen. Wahrscheinlich ist es gerade auch diese Erweiterung des Gebietes der Restitution, was sie bewogen hat, den Ausdruck „action en nullité ou en *restitution*" mit dem allgemeineren „action en nullité ou en *recision*" zu vertauschen, obgleich sie auf der anderen Seite von Restitution auch in solchen Fällen spricht, welche früher unter dieselbe nicht gehörten, so bei der Interdiction und dem Mangel des eheherrlichen Consenses. C. N. 942, 1070, 1312, 1455.

V.

An dieser Stelle wird es auch möglich, einen sehr scheinbaren Einwurf gegen die Theorie, welche die bisherige Darstellung als richtig nachzuweisen versucht hat, zu widerlegen.

Schon im §. 3 wurde gesagt, daß die nullité, als deren Gründe der C. N. in den Art. 1110 f. Zwang, Betrug, Irrthum bezeichnet, als Ungültigkeit im Allgemeinen nicht aufgefaßt werden dürfe; ich glaube, es wird zuzugestehen sein, daß er hier unter nullité geradezu Nichtigkeit, Nichtexistenz versteht. Der den Vertrag ungültig machende Irrthum ist schon im römischen Recht Nichtigkeitsgrund, und läßt sich in

anderer Weise gar nicht auffassen; und was den Zwang angeht, so stellt sich der strengeren Ansicht des römischen Rechtes, welche sich in dem Satze „coactus voluit, voluit tamen" ausspricht, unmittelbar die dem nicht reflectirenden Bewußtsein weit geläufigere entgegen, welche den Willen, zu welchem sich Jemand nicht aus freiem Entschlusse bestimmt hat, als Willen überhaupt nicht anerkennen will. Auch gibt Pothier, welcher für den C. N. in der Lehre vom Zwang, Betrug, Irrthum Quelle ist[61]), nicht undeutlich zu verstehen, daß die Art, wie das römische Recht den Zwang behandele, dem ius naturale nicht angemessen sei. Vom Betruge lehrt zwar Pothier ausdrücklich, daß er den Vertrag nicht nichtig mache, aber insofern auch er einen Willen hervorruft, welchen der Contrahent ohne den Betrug nicht geäußert haben würde, liegt es nahe, ihn wie den Zwang zu behandeln. — Und so lassen denn auch die Discussionen keinen Zweifel daran, daß die Redactoren Zwang, Betrug, Irrthum als Gründe der Nichtigkeit wirklich aufgefaßt haben. „S'il n'y a point de véritable consentement", sagte Portalis im gesetzgebenden Körper als Redner der Regierung über den Titel von der Ehe, „lorsqu'il n'y a point de liberté, il n'y a non plus de consentement véritable, lorsqu'il y a erreur"[62]), und Boutteville drückte sich als Redner des Tribunats daselbst so aus: „Il n'y a pas de consentement, s'il n'a été parfaitement libre, s'il a été l'effet de la violence ou de l'erreur"[63]). In gleichem Sinne gab bei der Berathung des Art. 1112 im Staatsrathe Bigot auf die Bemerkung Segur's, daß es gefährlich sei „de supposer, que la violence n'annulle pas toujours le consentement", die Antwort: „que la section

61) Traité des Obligations n. 17—32.

62) Disc. publ. II. p. 250.

63) Ibid. II. p. 292.

n'a pas entendu, qu'un contrat formé par la violence pût avoir quelque effet, mais qu'elle a cru necessaire de fixer les caracteres de la violence"[64]). Derselbe sagte im gesetzgebenden Körper über den Titel vom Vergleich: „Il n'y a ni consentement, ni même de contrat, lorsqu'il y a erreur dans la personne", und: „Il n'y a point de consentement, s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence", hinzufügend: „ce sont les principes communs à toutes les obligations"[65]). Ja in der Rede, womit Treilhard dem gesetzgebenden Körper den Titel über die Bürgschaft vorgelegt hat, findet sich wörtlich folgende Stelle: „Une obligation contractée contre la défense de la loi, surprise par le dol, arrachée par la violence, entachée enfin de quelque vice de cette nature, est *absolument nulle*; l'acte qui la cautionne tombe par consequent avec elle. Mais si l'obligation principale, valable en elle-même, ne se trouvait caduque que par une exception personelle au principal obligé, la restitution de celui-ci ne detruirait pas l'essence de l'obligation et le cautionnement devrait produire son effet"[66]). Hier ist sogar vergessen, daß sich auf Zwang, Betrug, Irrthum nur der Gezwungene, Betrogene, Irrende berufen könne. Die Redner der Gesetzgebungssection des Tribunates und des Tribunats selbst[67]) theilen zwar diesen Irrthum nicht, aber sie unterscheiden doch auch mit großer Bestimmtheit zwischen den Verpflichtungen des Minderjährigen, welche an und für sich Bestand hätten, und den durch Zwang, Betrug, Irrthum hervorgerufenen Obligationen, die an einer relativen Nichtigkeit litten. So daß wir uns nicht wundern dürfen, wenn wir denselben Bigot im Corps législatif den

64) Disc. part. V. p. 5.
65) Disc. publ. VI. p. 381.
66) Disc. publ. VI. p. 318.
67) Disc. publ. VI. p. 329. 362.

Sinn unseres Art. 1117 folgendermaßen bestimmen sehen: „Quoique dans le consentement il y ait eu erreur, violence ou dol, il n'en est pas moins vrai, que le contrat existe *avec un consentement apparent* et que dès-lors ce contrat conserve la même force, que s'il était légitime, jusqu'à ce que ces exceptions aient été prouvées par celui, qui les oppose. *Ainsi le contrat n'est pas nul de plein droit, il faut, que l'acte soit rescindé, c'est-à-dire déclaré nul par le juge*" [68]. Womit die kurze Bemerkung in Einklang steht, welche der Redner des Tribunats im gesetzgebenden Körper, Favard, zum Art. 1117 gemacht hat. „Au surplus", sagt er, „la violence et le dol ne se présument pas, ils doivent être prouvés" [69].

Das ist denn ganz die Erklärung, welche Troplong vom Art. 1117 gibt, und man muß sich nur wundern, daß er auf so bestimmt für ihn sprechende Zeugnisse sich nicht berufen hat.

Wenn aber diesen Zeugnissen gegenüber alle bisher entwickelten Beweisgründe für die Bedeutung der action en nullité ou en rescision als einer Anfechtungsklage in voller Kraft bleiben, so nöthigen uns dieselben, so großes Gewicht auch namentlich auf die Erklärung zu legen ist, welche Bigot, einer der Redactoren, von dem Art. 1117 gibt, noch keineswegs, das bisher Behauptete als unhaltbar aufzugeben; es ist in ihnen nur ein Gegengrund anzuerkennen, welcher allerdings beseitigt werden muß. Und diese Beseitigung liegt, wenn ich nicht irre, in dem so eben nachgewiesenen Verhältnisse der action en nullité ou en rescision zu der Restitution der älteren Jurisprudenz. Die ältere Jurisprudenz erkannte, wie gezeigt wurde, die Nothwendigkeit der Restitution auch abgesehen von der bezweifelten und im C. N. verschwundenen

68) Disc. publ. V. p. 10.

69) Disc. publ. V. p. 106.

Maxime „les voies de nullité n'ont point de lieu en France“ in allen den Fällen an, welche sie im römischen Rechte als Restitutionsgründe behandelt fand; dahin gehören namentlich Zwang, Betrug, Irrthum, wenn auch ein Irrthum ganz anderer Art, wie derjenige, an welchen diese Jurisprudenz denkt. Ihr folgend läßt das erste projet des C. N. aus allen diesen Mängeln, vor Allem wieder aus Zwang, Betrug, Irrthum, die action en restitution entstehen, welche im C. N., und namentlich auch im Art. 1117, als action en nullité ou en rescision auftritt, nur mit verändertem Namen, nicht mit veränderter Bedeutung, so daß von der durch sie geltend zu machenden Ungültigkeit geleugnet wird, daß sie eine nullité de plein droit sei. Insofern jedoch die Redactoren den Satz, daß Zwang, Betrug, Irrthum das Rechtsgeschäft nicht nul de plein droit machen, auch nur aus der ihnen überlieferten Theorie geschöpft, nicht aus der Natur dieser Mängel entwickelt hatten, konnte er ihnen kein Hinderniß sein, über das eigentliche Wesen derselben ihre besonderen Meinungen zu haben. Aber auf die rechtliche Behandlung derselben haben diese Meinungen keinen Einfluß gehabt[70]), und wenn daher Bigot zu Art. 1117 bemerkt, daß Zwang, Betrug, Irrthum dem Vertrage nur den Schein eines Vertrages ließen, so ist

70) Den darin liegenden Widerspruch hat der Cassationshof bemerklich gemacht. „Dans la section première du chapitre premier“ sagt er zu Art. 1304, „on a dit, que la violence annule les conventions, que l'erreur annule, que le dol annule; il semble donc, qu' il ne faut pas dire dans la présente section, que ces vices essentiels ne donnent pas lieu à l'action en nullité, mais à une simple action en restitution“. In gleicher Weise bemerkte der Appelhof von Paris: „Nous croyons, qu'il y a ici *confusion d'idées*. L'erreur, le dol et la violence donnent lieu véritablement à une action en nullité et non à une simple action en restitution, parcequ'ils annulent le consentement, qui fait l'essence du contrat. C'est ainsi, que les auteurs eux-mêmes s'en sont expliqués précédemment dans ce titre, art. 7 et suivans jusqu' au 14e.

entweder anzunehmen, daß derselbe den Sinn, in welchem dieser Artikel niedergeschrieben worden ist, nicht genau referirt habe, oder, was mir viel wahrscheinlicher ist, daß er sich in dieser Weise den von Außen aufgenommenen Satz, daß der erzwungene ꝛc. Vertrag rescindirt werden müsse, mit der ihm unzweifelhaft dünkenden Richtigkeit desselben zu vereinigen gesucht habe. Daß er wirklich rescindirt werden müsse, um seine rechtlichen Wirkungen zu verlieren, ist deswegen nicht minder gewiß.

Vielleicht erscheint Manchem diese Erklärung zu gewagt. Ich kann sie dafür nicht halten und glaube den Redactoren nicht Unrecht zu thun, wenn ich bei ihnen die Möglichkeit eines solchen Befangenseins in der überlieferten Lehre ohne Durchdringung der Sache voraussetze; wofür noch der Lauf dieser Abhandlungen Gründe in hinreichender Anzahl bringen wird. Auf jeden Fall hat der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats den Art. 1117 so aufgefaßt, wie hier geschehen. Er drückt sich in der Rede, womit er dem Tribunat die Annahme des Titels über Verträge im Allgemeinen empfahl, über die action en nullité ou en rescision folgendermaßen aus[71]: „L'action en nullité ou en rescision ne s'applique qu'aux cas, où la convention peut produire une action, qui néanmoins est susceptible d'être repoussée par une exception, c'est-à-dire 1° au cas de l'incapacité, 2° au défaut de consentement.

Et c'est la grande matière des demandes en restitution et des actions rescisoires, qui ont tant occupé les jurisconsultes.

Il a paru à votre section, que le projet avait adopté les principes les plus justes, les plus équitables et les plus analogues à la morale et au repos des familles.

71) Disc. publ. V. p. 164.

Et d'abord il était impossible, de ne pas conserver l'ancienne distinction entre les actes faussement qualifiés de contrats et qui ne produisent jamais d'action et les contrats, qui ont contenu une obligation et conséquemment le principe d'une action, laquelle action peut seulement être repoussée par une exception.

Lorsqu'il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause ou pour une cause illicite, il est tout simple, que celui, qui a souscrit l'engagement, n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager, ou que du moins à quelque époque, qu'il soit poursuivi, il soit toujours admis à répondre, qu'il n'y ait pas d'obligation; mais lorsqu'il s'agit d'un mineur, d'une femme mariée, ne serait-il pas bien extraordinaire, que le temps de restitution ne fût pas limité? Les formes civiles n'avaient pas été observées, mais l'obligation en soi pouvait être légitime.

Il en résulte, qu'on ne devait pas dans ce cas déclarer d'une manière absolue, qu'il n'y avait pas d'obligation, qu'on se devait borner à dire, que celui, qui avait souscrit l'engagement, pouvait s'y soustraire.

La nécessité d'un délai était commandée par l'intérêt public; c'est pour que les propriétés ne restent pas longtemps incertaines.

Pareillement le secours, que la loi accorde à ceux, dont le consentement n'a pas été libre, doit être invoqué dans un délai fixé..." .

VI.

Zum Beweise, daß die action en nullité ou en rescision einen an und für sich bestehenden Vertrag voraussetze, hat man auch den Umstand angeführt, daß der C. N. sie neben Zahlung, Compensation, Novation ꝛc. unter die Gründe stelle, wodurch Obligationen erlöschen (Art. 1234). Auf den ersten

Blick scheint dieser Umstand von solchem Gewichte zu sein, daß er allen ferneren Beweis unnöthig macht, und so ist es auch nur er, wodurch Stabel bestimmt worden ist, die Klage des Art. 1304 für eine Richtigkeitsklage nicht zu halten. Jedoch kann ich ihm diese Beweiskraft nicht zugestehen. Denn dieselbe Stellung unter den Erlöschungsgründen der Obligationen hat im projet die action tendant à faire déclarer nul un contrat, und daß diese eine Richtigkeitsklage gewesen sei, läßt sich in keiner Weise leugnen, es fragt sich nur, ob sie auf alle oder nur auf die relativen Nullitäten bezogen worden sei. Konnte aber das projet von einer Richtigkeitsklage sagen, daß dadurch Obligationen vernichtet werden, so ist kein Grund vorhanden, diese Möglichkeit für den C. N. zu leugnen.

Das aber folgt allerdings aus dieser Stellung der action en nullité ou en rescision, daß sie auf absolute Richtigkeiten nicht bezogen werden dürfe, in derselben Weise, wie dies aus der gleichen Stellung der action tendant à faire déclarer nul un contrat im projet für diese schon oben gefolgert worden ist.

Das Gleiche, aber auch nicht mehr, beweist ferner die Entstehungsgeschichte des Art. 1338.

Derselbe lautete in der von dem Staatsrathe der Gesetzgebungssection des Tribunats vor der öffentlichen Ueberweisung privatim mitgetheilten Redaction folgendermaßen: „Dans la confirmation ou ratification d'un acte radicalement nul on doit pour qu'elle soit valable trouver..“ (u. s. w. wie jetzt). Die Section machte dazu die Bemerkung, daß der Ausdruck „radicalement nul“ zu unbestimmt sei [72]), daß im Einzelnen angegeben werden müsse, welche Nullitäten durch Bestätigung geheilt werden könnten, welche nicht. Auf die eine Seite

---

72) Davon in der folgenden Abhandlung.

stellte es nun die Verträge der impubères und die auf einer cause illicite beruhenden. „Un tel acte“, sagte es, „est considéré par la loi comme n'ayant jamais existé, non seulement par rapport à l'impubère, mais aussi à la personne, qui a contracté avec lui... Ces deux espèces d'engagemens sont entachés d'un vice intrinsèque, qui ne permet, qu'ils puissent jamais être validés“. Diesen Verträgen gegenüber stellte es die von den Minderjährigen, dem Interdicirten und der verheiratheten Frau ohne Consens ihres Ehegatten abgeschlossenen. Von diesen sagte es: „La loi ne les déclare pas nuls de droit. C'est en faveur du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, que cette seconde classe de nullité est établie. Ce sont des nullités relatives à un état particulier de personnes... Ces sortes d'actes ne peuvent donc être annullés, que lorsqu'ils sont attaqués par ceux-la mêmes, pour qui la loi à été faite. Si, loin de les attaquer, ils les confirment et les ratifient dans un temps, où ils ont la capacité de contracter, les nullités sont couverts au point, que les actes confirmés et ratifiés sont considérés comme ayant été faits valablement dès leur origine et comme n'ayant jamais cessé d'être valables... Ce raisonnement peut être appliqué aux obligations, qui sont le resultat de la violence, de l'erreur, du dol“ [73]).

Auf diese Bemerkungen hin ist der Anfang des jetzigen Artikels 1338 folgendermaßen geändert worden: „L'acte de confirmation ou de ratification d'une obligation, *contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision*, n'est valable que lorsqu'on y trouve..“.

Daraus geht nun das unwiderleglich hervor, daß die Redactoren ihre action en nullité ou en rescision, durch deren Nennung sie diejenigen Nullitäten haben bezeichnen

---

73) Disc. part. V. p. 180. 181.

wollen, welche in Folge der Bemerkungen des Tribunats durch Bestätigung sollten geheilt werden können, auf absolute Nullitäten, welche das Tribunat (nur darin irrend, daß es durch Nennung zweier Beispiele das ganze Gebiet derselben erschöpft zu haben glaubt,) für unbedingt unheilbar erklärt, nicht bezogen haben. Daß dagegen die action en nullité ou en recision eine Anfechtungsklage sei, folgt daraus so wenig, daß man umgekehrt sich zu dem Schlusse für berechtigt halten könnte, daß sie als die Klage aus einer relativen Nichtigkeit zu fassen sei. Denn das Tribunat behandelt, ganz wie die neuere Jurisprudenz, die Restitutionsfälle (Minderjährigkeit, Zwang, Betrug, Irrthum) wie Fälle relativer Nullität, (wie Interdiction und Mangel des eheherrlichen Consenses). Es unterscheidet dieselbe auch wohl von der Anfechtbarkeit; von dem Vertrage des impubes sagt es, daß er nicht bloß für ihn nicht existire, sondern auch für den andern Contrahenten nicht, was den Gegensatz voraussetzt, daß der Vertrag z. B. des Minderjährigen bloß für ihn nicht existire.

Dagegen ist aber zu sagen:

1) Daß auf der anderen Seite doch auch wieder dem Tribunate der Begriff der relativen Nullität in den der Anfechtbarkeit verschwimmt. Durch die Bestätigung erlangt ihm nicht etwa der Vertrag des Minderjährigen ꝛc. Gültigkeit, sondern sie wird ihm gesichert. Es leugnet sogar, daß er nul de droit sei. („La loi ne les déclare pas nuls de droit“.) [74])

2) Daß, wenn auch das Tribunat in allen diesen Fällen der Ungültigkeit wirklich nur eine relative Nichtigkeit gesehen

74) Oben (S. 64) sahen wir, wie die Redner der Gesetzgebungssection des Tribunats und des Tribunates selbst bei der Vorlage des Titels über die Bürgschaft die durch Zwang, Betrug, Irrthum hervorgerufenen Obligationen als nichtig, die des Minderjährigen als an und für sich bestehend bezeichnet haben.

hat, daraus noch keineswegs mit Nothwendigkeit dasselbe für die Gesetzgebungssection des Staatsraths folgt. Sicher ist nur der Schluß, daß die action en nullité ou en recision auf Nullitäten, worauf sich Jeder berufen darf, nicht bezogen werden dürfe.

3) Daß endlich, wenn wir uns auch die Gesetzgebungssection des Staatsraths als ganz auf dem Standpunkte des Tribunates stehend denken wollen, wir doch hier keinen andern Zwiespalt zwischen der Auffassung der Natur dieser Mängel und der aus ihnen entstehenden Klage anzuerkennen haben, wie derjenige ist, welcher im §. 6 mit Berufung auf die Geschichte derselben gelöst worden ist. Wobei allerdings zu bemerken ist, daß es sich hier nicht bloß um Mängel, welche im römischen Rechte, und also auch im C. N., unzweifelhaft durch Restitution geltend gemacht werden müssen, handelt, sondern um alle überhaupt, welche eine nicht absolute Nullität erzeugen, also auch um solche mit, welche im älteren Rechte die action tendant à faire déclarer nul un contrat erzeugten, wie z. B. Mangel des eheherrlichen Consenses und Interdiction.

VII.

Noch bleibt übrig, zwei Argumente zu beleuchten, welche man für den hier bestrittenen Satz, daß im Sinne des C. N. auch die absolute Nullität eine Klage erzeuge, anzuführen geneigt sein könnte.

Man könnte sich zunächst darauf berufen wollen, daß der C. N. in der Lehre von der Ehe wirklich die Nichtigkeitsklage nicht bloß auf die relativen, sondern auch auf die absoluten Nichtigkeiten beziehe.

Dabei ist aber Folgendes zu bedenken. Die Ehe ist ein Vertrag, dessen Wirkungen viel tiefer, als die irgend eines anderen, in alle Verhältnisse der Contrahirenden, ja auch

Dritter, vor Allem der von den Ehegatten erzeugten Kinder, einschneiden. Zugleich war die Ehe für die ältere Jurisprudenz Sacrament; in jedem Falle also, wo die Gültigkeit der Ehe in Frage gestellt war, war über mehr als weltliche Güter zu entscheiden. Da lag denn die Ansicht sehr nahe, daß jede Behauptung der Nichtexistenz der Ehe sich als directer Angriff gegen ihr factisches Bestehen gestalten, in der Form der Nichtigkeitsklage vorgebracht werden müsse. — Der C. N. hat diese Ansicht aus der älteren Jurisprudenz herübergenommen. Zwar ist ihm die Ehe nicht mehr Sacrament, aber sie unterscheidet sich von anderen Contracten noch immer theils durch ihre einschneidenderen Wirkungen [75]), theils dadurch, daß das Gesetz selbst durch den Mund des Civilstandsbeamten in feierlicher Weise ihre Existenz ausspricht. — Uebrigens unterliegt die action en nullité aus einer absoluten Nullität nach der richtigen Ansicht keiner Verjährung, wie dieselbe auch bei den relativen Ehehindernissen [76]) nur eine untergeordnete Anwendung findet [77]).

75) Der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats, Gillet, sagt (Discuss. publ. II. p. 273): „C'est un désordre social, sans doute, que des noces ourdies en fraude des lois: mais lorsqu'une fois elles sont subsistantes, souvent c'est un plus grand désordre encore, de les rompre. Prononcer en effet, que les noeuds formés entre les deux parties sont comme s'ils n'eussent jamais existé, ce n'est pas pour cela remplacer l'une et l'autre dans la situation, où il était avant son engagement. Une telle union, quelqu' imperfection, qu'on lui suppose, a toujours pour les associés des suites ineffaçables et souvent la naissance des enfants y ajoute des effets plus importants encore".

76) Der Gegensatz zwischen absoluten und relativen Ehehindernissen, welcher dem C. N., obgleich nicht ausgesprochen, zu Grunde liegt, (Portalis im Corps législatif über den Titel von der Ehe, Disc. publ. II. p. 248), wird hier in einer dem Gegensatz zwischen absoluter und relativer Nullität entsprechenden Bedeutung gefaßt.

77) Denn, wenn auch die letzteren nach Ablauf einer bestimmten Frist nicht mehr geltend gemacht werden dürfen, so liegt der Grund

Ein ferneres Argument für die Behauptung, daß die absolute Nullität eine Klage erzeuge, könnte man durch einen Schluß a contrario aus dem Art. 692 des Code de procédure herleiten wollen. Derselbe lautet: „La partie saisie ne peut, à compter du jour de la dénonciation à elle faite de la saisie, aliéner les immeubles, à peine de nullité et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer". Zur Abweisung dieses Argumentes wäre aber schon die Berufung darauf hinreichend, daß der Code de procédure um mehrere Jahre später, als der C. N., von ganz anderen Redactoren entworfen worden ist, und daß man daher kein Recht hat, die demselben zu Grunde liegenden Ansichten in den C. N. hineinzutragen. Man kann jedoch noch weiter gehen. Der Sinn des genannten Artikels ist, daß die Veräußerung der mit Beschlag belegten Güter dem Fortschritte der Execution kein Hinderniß in den Weg legen solle, daß mit derselben fortgeschritten werden könne, ohne dazu richterliche Autorisation einzuholen. Also kann aus demselben a contrario auch nur geschlossen werden, daß in andern Fällen der Geltendmachung von Rechten ein nichtiges Rechtsgeschäft so lange im Wege stehe, bis es auf den Antrag der Parthei von dem Richter für nichtig erklärt worden sei; und das behaupte auch ich. Diese anderen Fälle sind nämlich diejenigen, wo Rechte vor dem Richter geltend gemacht werden; der Richter wird sie natürlich nicht zuerkennen, bis er sich von der Nichtigkeit des ihnen entgegengesetzten Rechtsgeschäfts überzeugt hat, und wenn er sie zuerkennt, aussprechen, daß dasselbe nichtig sei.

---

dieser Vorschrift doch bei den meisten nur in der Annahme, daß in dem Schweigen während dieser Zeit ein stillschweigender Verzicht auf das Recht, die Ehe anzugreifen, gefunden werden müsse. S. die folgende Abhandlung §. 1.

Nur ist damit nicht gesagt, daß der Anspruch auf Nichtigkeitserklärung eines nichtigen Rechtsgeschäfts ein selbstständiges Klagerecht bilde.

Uebrigens liegt hierin auch schon die Zurückweisung eines von Troplong und Anderen vorgebrachten Argumentes, welches ich nur der Vollständigkeit wegen nicht übergehen will. Sie stützen die Nothwendigkeit der Klage auch bei absoluten Nichtigkeiten auf das Verbot der Selbsthülfe. Aber es sind durchaus verschiedene Dinge, die Geltendmachung einer Nichtigkeit nicht durch selbstständige Klage, und durch Selbsthülfe.

III.

Der Umfang der action en nullité ou en rescision.

I.

Nachdem in der vorigen Abhandlung nachgewiesen worden ist, daß die in zehn Jahren verjährende action en nullité ou en rescision nicht eine jede Ungültigkeit, sondern nur eine bestimmte Art derselben durchzuführen berufen sei, sind nun in dieser die Fälle näher zu bestimmen, in welchen sie Platz greift. Dabei wird es zwar hauptsächlich darauf ankommen, diejenigen Thatsachen namhaft zu machen, aus welchen eine Ungültigkeit von der in der vorigen Abhandlung bezeichneten Art, eine Anfechtbarkeit, entsteht; jedoch darf damit unsere Aufgabe nicht als vollständig gelöst angesehen werden. Denn die Art. 1117 und 1304 finden sich in demjenigen Theile des Gesetzbuches, welcher seiner Ueberschrift nach von den aus Verträgen entstehenden Obligationen handelt [1]), wie sie sich auch ihrem Wortlaute nach nur auf Verträge beziehen [2]). Es entsteht daher die fernere Frage, ob nicht auch der ganze in der vorigen Abhandlung aus diesen Ar-

---

1) III. 3. Des contrats ou des obligations conventionelles en général.

2) Art. 1117. La *convention* contractée par erreur, violence ou dol n'est pas nulle de plein droit..... Art. 1304. Dans tous les cas, où l'action en nullité ou en rescision d'une *convention* n'est pas limitée à un moindre temps...

tikeln hergeleitete Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nur für die obligatorischen Verträge gelte, oder ob er auch für andere Rechtsgeschäfte Bedeutung habe. Und zwar erscheint es der Sache gemäß, diese Frage zuerst zu beantworten, die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Begriffs der Anfechtbarkeit anzugeben, bevor dazu übergegangen wird, diejenigen Thatsachen namhaft zu machen, durch welche er, wenn jene Voraussetzungen vorhanden sind, praktische Bedeutung gewinnt.

II.

Zur Feststellung der Begriffe, welche der C. N. mit den Worten „convention, contrat" und „obligation" verbindet, bedarf es einer umfassenderen Untersuchung. Da sie den Gang der Darstellung hier zu sehr unterbrechen würde, habe ich vorgezogen, sie als besondere Abhandlung an das Ende dieser Schrift zu stellen [3]), und mich hier auf die Angabe ihres Resultates zu beschränken. Dieses Resultat ist, daß zwar der C. N. die Begriffe convention und obligation als untrennbar zusammengehörig betrachtet, keine anderen Verträge kennt, als solche, welche obligations erzeugen, daß er aber unter obligation ganz und gar nicht dasjenige versteht, was das römische Recht mit dem Namen obligatio bezeichnet, sondern Verpflichtung im allgemeinsten Sinne des Wortes, also auch die Verpflichtung desjenigen, welcher durch einen dinglichen Vertrag Eigenthum an einer Sache übertragen hat, die Sache selbst herauszugeben. So daß in dieser Weise denn doch auch der dingliche Vertrag unter den Begriff der convention fällt.

So sicher aber demnach die Anwendbarkeit der action en nullité ou en rescision auf den dinglichen Vertrag ist, so

---

3) S. die neunte Abhandlung.

sicher ist es von der anderen Seite, daß sie auf den familienrechtlichen Vertrag nicht zu erstrecken ist. Nicht als wenn der C. N. den familienrechtlichen Vertrag als contrat, als convention, und als obligations erzeugend nicht anerkännte; aber er handelt in dem ganzen dritten Buche, zu welchem der Art. 1304 gehört, nur von den Thatsachen, »durch welche Eigenthum erworben wird«[4]), also auch nur von denjenigen Verträgen, welche wir mit dem Namen der vermögensrechtlichen bezeichnen.

Findet aber auch die Klage des Art. 1304 auf die familienrechtlichen Verträge keine Anwendung, so bleibt doch noch die fernere Frage, ob nicht durch die ihnen eigenthümlichen Bestimmungen für sie ein gleicher Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit begründet worden sei, wie durch den Art. 1304 für die vermögensrechtlichen.

Der C. N. gibt nur bei der Ehe nähere Bestimmungen über die Geltendmachung ihrer Ungültigkeit. Durch diese Bestimmungen wird nun zwar ein Unterschied zwischen absoluter und relativer Nullität begründet, aber kein Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Es ist dies auch dem älteren Rechte ganz gemäß, welches die römische Lehre von der in integrum restitutio bei der Ehe nie zur Anwendung gebracht hat. Was sodann die Dauer der action en nullité, womit jede Ungültigkeit der Ehe geltend gemacht werden muß, betrifft, so findet darauf der Begriff der Verjährung nur eine sehr untergeordnete Anwendung. Diese Klage wird entweder durch keinen Zeitablauf ausgeschlossen[5]), oder wenn

4) Ueberschrift des 3. Buchs: Des différentes manières, dont on acquiert la propriété. — Art. 711. La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations.

5) Siehe die vorhergehende Abhandlung.

das Gesetz sie nach Ablauf einer bestimmten Zeit für unstatthaft erklärt, so thut es dies in den meisten Fällen deshalb, weil es durch diesen Zeitablauf das Ehehinderniß, worauf sie beruht, für gehoben, das Recht also, welches durch sie geltend gemacht werden soll, für vernichtet hält; während die Klagenverjährung im Interesse der öffentlichen Ordnung ein Klagerecht ausschließt, welches an und für sich noch in voller Kraft besteht [6]. So kann sich auf den Mangel des zur Eingehung der Ehe erforderlichen Alters Niemand mehr berufen, wenn nach Erreichung desselben 6 Monate verflossen sind, — weil nun ein neuer Consens eine neue gültige Ehe begründet hat [7]; oder auch, wenn vor Ablauf dieser 6 Monate die Frau, welche das gehörige Alter zur Zeit der Eingehung der Ehe noch nicht hatte, concipirt hat (Art. 185); denn „la loi ne doit pas aspirer au droit d'être plus sage que la nature: la fiction doit céder à la réalité“ [8]. Wegen Zwangs und Irrthums kann die Ehe nicht mehr angefochten werden, wenn nach Aufhörung des Zwangs oder Entdeckung des Irr-

6) Dabei ist sehr wohl möglich, daß nach verjährter Klage auch das ihr zu Grunde liegende Recht verloren sei, — was meiner Ansicht nach für den C. N. wirklich zu behaupten ist. Aber dann ist der Verlust dieses Rechts Wirkung des Verlustes der Klage, der Klagenverjährung, welcher das Gesetz eine so umfassende Bedeutung beigelegt hat, — nicht umgekehrt.

7) Portalis als Redner der Regierung im gesetzgebenden Körper: „.. alors la nullité n'existe plus; l'effet ne doit pas survivre à sa cause. On donne un délai de six mois, parceque toutes les fois, que la loi donne une action, elle doit laisser un temps utile pour l'exercer“ d. h.: derjenige, welcher im ersten Augenblick nach erreichtem gesetzlichen Alter die Nichtigkeitsklage nicht anstellt, kann eben so wohl durch äußere Umstände verhindert, als durch den Willen, die Ehe anzuerkennen, bestimmt worden sein. Wo ist hier die Grenze? Das Gesetz muß sie bestimmen. Disc. publ. II. p. 253.

8) Portalis l. c.

thums die Ehe 6 Monate lang fortgeführt worden ist (Art. 181), — weil in dieser Fortführung ein Verzicht auf das Recht, die Ehe anzugreifen, die stillschweigende Erklärung liegt, daß man mit derselben zufrieden sei [9]). Aus gleichem Grunde kann der Ehegatte, welchem die erforderliche Einwilligung der Aeltern zur Ehe fehlte, dieselbe nicht mehr anfechten, wenn er nach Erreichung des Alters, in welchem er selbstständig eine Ehe hätte abschließen können, ein Jahr hat verfließen lassen; „son silence pendant ce laps de temps doit équivaloir à une approbation" [10]). Nur in der Bestimmung, daß auch diejenigen, welche den Consens zur Ehe zu geben hatten, sich auf den Mangel desselben nur ein Jahr lang, nachdem sie von der Ehe Kenntniß erlangt haben, berufen können, ist eine eigentliche Anwendung der Klagenverjährung zu erkennen. Denn da es im Art. 183 heißt, daß jene Personen die Ehe nicht mehr anfechten können, wenn sie dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend gutgeheißen, oder ein Jahr nach erlangter Wissenschaft haben verstreichen lassen, so kann das Gesetz in der Nichtanstellung der Klage während dieses Jahres nicht eine stillschweigende Billigung der Ehe gesehen haben.

Wie dem auch sein mag, man sieht die durchgreifende Verschiedenheit in der Behandlung der Ungültigkeit der vermögensrechtlichen Verträge und der Ungültigkeit der Ehe. Nach der Analogie der letzteren sind auch die übrigen familienrechtlichen Rechtsgeschäfte, Ehescheidung durch Consens, Adoption, Anerkennung eines natürlichen Kindes, Emancipation zu beurtheilen. Wie weit diese Analogie in einzelnen Fällen

---

9) Maleville zu Art. 181.
10) Bemerkungen des Tribunats zum Art. 183. Disc. part. II. p. 70.

führen dürfe, ist eine schwierige Frage [10]). Der C. N. scheint sie sich gar nicht aufgeworfen zu haben. Hier darf ihre Beantwortung, als von unserer eigentlichen Aufgabe zu weit abführend, abgewiesen werden.

Wir halten uns also auf dem Gebiete des Vermögensrechtes; aber auch für dieses ist noch eine Frage unbeantwortet. Auf die vermögensrechtlichen Verträge findet die Klage des Art. 1304 ihre Anwendung: aber auch auf die einseitigen vermögensrechtlichen Rechtsgeschäfte? Daß diese Frage im Allgemeinen bejaht werden müsse, ist leicht zu zeigen. Der Titel, in welchem sich der Art. 1304 findet, enthält, wenn er auch seiner Ueberschrift nach nur von den obligations conventionelles handelt, doch in der That die allgemeine Theorie der Obligationen überhaupt, wie denn in ihm auf die nicht aus Verträgen entstehenden zuweilen selbst ausdrücklich Rücksicht genommen wird [12]), und namentlich im Verfolge der Lehre von der Nullitätsklage es heißt, daß der Minderjährige gegen die aus seinen Delicten entstehenden Verpflichtungen keine Restitution verlangen könne, — also gegen alle anderen allerdings [13]). — Aber eine Ausnahme ist hier wieder

11) Z. B. Ein Kind, welches noch nicht 25 Jahre alt war, ist ohne Consens seiner Aeltern adoptirt worden. Zwar ist das nicht wahrscheinlich, da es zur Adoption eines Urtheiles des Gerichtes erster Instanz und eines confirmirenden des Appelhofes bedarf, aber doch immer möglich. Wer kann diese Urtheile und die in Folge derselben vollzogene Adoption angreifen? Man wird sich leicht dazu bestimmen, das Recht dazu, dem bei der Ehe Verfügten gemäß, nur dem Adoptirten und demjenigen, dessen Consens fehlte, zu geben. Aber soll auch die Bestimmung des Art. 183 über den Verlust dieses Rechtes durch Zeitablauf zur Anwendung gebracht werden?

12) Z. B. Art. 1293. 1302.

13) Vergl. ein Urtheil des Appelhofes von Grenoble vom 6. December 1842 (S. XXXXIII. 2. 290), worin erwogen wird: „que si l'on consulte l'esprit de cet article (Art. 1304), l'on est conduit

für die testamentarischen Verfügungen zu machen. Das ist auch die allgemeine Meinung, obgleich der Grund, worauf sie gestützt wird, daß der Art. 1304 nur von conventions spreche, zu ihrem Beweise nicht hinreicht. Denn derselbe bezieht sich in der That, wie gezeigt wurde, auf obligations, und die Frage ist daher die, ob nicht der C. N. auch aus Testamenten obligations entstehen lasse, wie er sie aus anderen einseitigen vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften wirklich entstehen läßt. Dagegen aber spricht der Art. 711, nach welchem Eigenthum erworben wird „par succession (Intestaterbfolge), par donation entre-vifs ou testamentaire", dann „par l'effet des obligations". Man darf auch nicht sagen, daß dieser Artikel zu viel, also gar nichts beweise, daß mit gleichem Rechte daraus gefolgert werden könnte, daß auch die Schenkung unter Lebenden keine obligation erzeuge. Denn für die Schenkung steht es anderweitig fest, daß der C. N. aus ihr Obligationen entstehen läßt [14], und der Gegensatz, in welchen sie hier mit den Testamenten gegen die obligations gebracht wird, erklärt sich hinlänglich aus der Unzertrennlichkeit, welche nach der Ansicht der Redactoren zwischen ihr und den testamentarischen Verfügungen obwaltet [15]. — Auch das darf man dagegen nicht geltend machen, daß nach dem Art. 1076 die divisio parentum inter liberos dem Angriffe wegen Verletzung über ein Viertel, also der Rescissionsklage unterliege, obgleich dieselbe nach Art. 1076 nicht bloß durch Schenkung unter

---

à admettre, que ses dispositions ne doivent pas être restreintes aux seuls cas, où il s'agit de dispositions synallagmatiques, mais qu'elles s'étendent en général aux contrats (sic) même unilateraux". Es handelte sich in dem entschiedenen Falle um eine Erbschaftsentsagung.

14) S. die letzte Abhandlung §. 4.

15) Daselbst.

Lebenden, sondern auch durch Testament gemacht werden könne; denn hier ist der C. N. offenbar durch den auf beide Verfügungen angewendeten Ausdruck „partage“ verleitet worden, als allgemein gültig auszusprechen, was nur für den letzteren paßte.

Auf testamentarische Verfügungen findet also nicht der Gegensatz zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, sondern nur der Gegensatz zwischen Nullität, worauf sich alle, und Nullität, worauf sich nur bestimmte Personen berufen können, Anwendung. Dem in der vorigen Abhandlung Ausgeführten gemäß ist im Sinne des C. N. zu behaupten, daß die letztere durch eine innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist anzustellende Klage geltend gemacht werden müsse[16]).

III.

Ich gehe zur Beantwortung der zweiten Frage über, welche in dieser Abhandlung zu erörtern ist. Sie ist diese:

Welche Thatsachen erzeugen eine derartige Ungültigkeit, daß sie bei den im vorigen §. bezeichneten Rechtsgeschäften

16) Eine schwierige Frage ist es, ob die Schenkung auf Todesfall, welche der C. N. in engen Grenzen gestattet, in Beziehung auf ihre Ungültigkeit als testamentarische Verfügung, oder als Schenkung betrachtet werden müsse. Der C. N. scheint sich die Frage nicht aufgeworfen zu haben. Ich möchte mich für das Erstere entscheiden, in Betracht, daß der C. N. sie als testamentarische Verfügung behandelt, indem er verfügt: 1) eine derartige Schenkung könne wegen Mangels an Acceptation nicht angegriffen werden (Art. 1087); 2) sie werde durch den früheren Tod des Schenkers „caduque“, ein den Testamenten entlehnter Ausdruck, kraft dessen Nichtigkeit der Schenkung (nicht Revocabilität) auch da angenommen werden muß, wo auf den Beschenkten bereits Eigenthum übergegangen war. S. Abh. VIII. §. 5 n. 3. - A. M. ist Duranton IX. n. 725.

mit der action en nullité ou en rescision geltend gemacht werden muß?

Die nächste Quelle für die Beantwortung dieser Frage bilden diejenigen Artikel, in welchen der C. N. von der action en nullité ou en rescision ex officio handelt, die Art. 1304—1315.

In dem Art. 1304 bestimmt er den Anfangspunkt der Verjährung dieser Klage für die Fälle, in welchen sie auf Zwang, Betrug, Irrthum [17]), Minderjährigkeit, Interdiction [18]) oder darauf gegründet wird, daß eine verheirathete Frau ohne Autorisation ihres Mannes gehandelt habe. Im Art. 1313 heißt es ferner, daß in einzelnen vom Gesetze namentlich genannten Fällen auch Großjährige wegen erlittener Läsion Restitution verlangen können [19]). Die hauptsächlichsten dieser Fälle sind: Verletzung über sieben Zwölftel beim Verkaufe eines Grund-

---

17) In der Lehre vom Vergleiche erstreckt der C. N. die Klage aus Irrthum auch auf Fälle, in welchen nicht der Irrthum, sondern der Mangel der Voraussetzung der Grund der Angreifbarkeit des Vergleichs ist. Abh. VIII. §. 3 i. f.

18) Der durch Urtheil verfügten Interdiction, wovon der C. N. allein handelt, ist die in Folge des Art. 29 des Code pénal eintretende gesetzliche gleichzustellen.

19) In dem projet war von der Läsion der Großjährigen in unmittelbarem Zusammenhange mit der Läsion der Minderjährigen die Rede. In dem Art. 196. III. 2, welcher dem jetzigen Art. 1303 des C. N. entspricht, hieß es zunächst, wie noch jetzt in letzterem: „La simple lésion donne lieu à la restitution en faveur du mineur ... contre toutes sortes de conventions . .“, dann aber weiter im Gegensatze dazu: „A l'égard des majeurs elle ne donne lieu à la restitution que dans les actes de vente d'immeubles et dans les partages“. Im Staatsrathe erhob sich Widerspruch gegen die Anfechtbarkeit des Kaufs wegen laesio enormis, die Entscheidung wurde ausgesetzt und deswegen die zweite Hälfte des Art. 196 gestrichen. Ihre Stelle vertritt nun der Art. 1313. Hinterher hat man nach einer langen Discussion dennoch die römische Regel beibehalten, nur an die Stelle der Hälfte 7/12 gesetzt.

stücks und über ein Viertel bei einer Theilung, Art. 1674 f., 887, 1872 [20]). Außerdem gestattet der Art. 783 die Anfechtung einer Erbschaftsantretung wegen Läsion dann, wenn hinterher ein mehr als die Hälfte der Erbschaft absorbirendes Testament entdeckt wird, und der Art. 1854 schreibt vor, daß, wenn Gesellschafter einem Dritten die Bestimmung ihrer Antheile an Gewinn und Verlust übertragen haben, diese Bestimmung, wenn sie offenbar der Billigkeit widerspreche, binnen 3 Monaten angefochten werden könne.

IV.

So weit ist das Gebiet der action en nullité ou en rescision völlig sicher; es fragt sich aber nun, ob dieselbe auch auf andere, vom C. N. nicht ausdrücklich ihr unterworfene Fälle der Ungültigkeit zu erstrecken sei.

Daß der C. N. ihr keine anderen Fälle der Ungültigkeit ausdrücklich unterwerfe, darf kein Grund sein, diese Frage zu verneinen. Denn was zunächst diejenigen seiner Bestimmungen über Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte angeht, welche sich nicht in der von der action en nullité ou en rescision handelnden Section finden, so ist es durchaus nicht seine Art,

---

20) Die Klage auf Rescission eines Kaufs verjährt bereits in zwei Jahren. — Die Anfechtbarkeit der Theilung wegen Läsion ist nur für die Erbtheilung ausdrücklich ausgesprochen, und der Art. 1872, welcher die für diese aufgestellten Grundsätze auf die Theilung unter Gesellschaftern ausdehnt, enthielt in seiner ursprünglichen Fassung die Ausnahme: „sauf l'action en rescision pour cause de lésion, laquelle n'est point accordée à ces derniers (aux associés)“. Aber diese Ausnahme wurde auf Antrag des Tribunats gestrichen. Disc. publ. VI. p. 213. Auch auf die Theilung der Gütergemeinschaft (Art. 1476) wird das von der Erbtheilung Geltende auszudehnen sei. Zachariae III. §. 519 zu Note 8. Für die divisio parentum inter liberos ist ausdrücklich dasselbe vorgeschrieben. Art. 1079.

bei jeder Nullität, welche er verfügt, zu bestimmen, ob sie mit jener Klage geltend gemacht werden müsse, oder nicht; vielmehr ist der Art. 1117 der einzige, in welchem er es wirklich thut, während er z. B. im Art. 502 die Rechtsgeschäfte des Interdicirten ohne Weiteres für nuls de plein droit erklärt. Die Aufzählung von Rescissionsfällen aber, welche er an der Stelle, wo er von der action en nullité ou en rescision ex professo handelt, im Art. 1304 gibt, ist offenbar nicht bestimmt, vollständig zu sein, sondern will nur diejenigen namhaft machen, in welchen der Anfangspunkt der Verjährung der Rescissionsklage von dem Zeitpunkte des Abschlusses des Rechtsgeschäfts verschieden ist[21]. Und wenn er im Verlaufe der Darstellung außer jenen Fällen nur noch den der Läsion nennt, so macht auch das keineswegs die Erklärung nothwendig, daß er fernere Rescissionsfälle nicht anerkenne, die andere liegt eben so nahe, daß alle übrigen ihm nicht von so umfassender Bedeutung erschienen sind, um in der allgemeinen Lehre von der Rescissionsklage genannt zu werden. Eben deswegen ist aber auch sogar die Annahme mißlich, daß der Art. 1304 diejenigen Fälle, in welchen die Verjährung der Rescissionsklage nicht vom Abschlusse des Rechtsgeschäftes an läuft, vollständig habe nennen wollen, ob-

---

21) Art. 1304. Dans tous les cas, où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

Cette action ne court dans le cas de violence que du jour, où elle a cessé, dans le cas d'erreur ou de dol, du jour, où ils ont été découverts, et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage.

Le temps ne court à l'égard des actes faits par les interdits que du jour, où l'interdiction est levée, et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité.

gleich sich nicht leugnen läßt, daß hier die Aufforderung, sie sämmtlich zu nennen, näher lag.

Auf jeden Fall aber ist mit Vorsicht zu Werke zu gehen und für jeden Schritt, welchen man ohne ausdrückliche Genehmigung des Gesetzes thut, ein positiver Anhalt zu suchen.

Ein solcher positiver Anhalt macht zunächst die Ausdehnung der action en nullité ou en rescision auf zwei Fälle unbedenklich, obgleich gerade in ihnen nicht nur dieser Klage ein anderer Anfangspunkt, wie der des Abschlusses des Vertrages, gegeben werden muß, sondern sie auch von umfassenderer Natur sind; ich meine die Fälle der beschränkten Handlungsunfähigkeit des nicht vollständig Wahnsinnigen und des Verschwenders, wenn sie nach Art. 499 und 513 für die daselbst bezeichneten Rechtsgeschäfte an den Beistand eines conseil gebunden worden sind. Der Zustand dieser Personen ist der einer partiellen Interdiction, welche keine stärkeren juristischen Wirkungen haben kann, als die totale; überdies stellt der Art. 502 die nach der Interdiction und die ohne Beistand des conseil vorgenommenen Rechtsgeschäfte zusammen, indem er sie für nuls de droit erklärt.

Einen weiteren Anhalt gewährt die Betrachtung der Elemente, aus welchen die action en nullité ou en rescision des C. N. zusammengewachsen ist. Es sind dies, wie in der vorigen Abhandlung gezeigt wurde, die Restitutionsklage der älteren Jurisprudenz, so weit sie auf das römische Recht, nicht auf die Regel „les voies de nullité n'ont point de lieu en France“ gegründet wurde, und die Klage aus der relativen Nichtigkeit.

Die ältere Jurisprudenz erkannte die römischen Restitutionsgründe, mit Ausnahme der capitis diminutio, welche jeder Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit entbehrte, vollständig an; doch erscheinen als die hauptsächlichsten Zwang, Betrug,

Irrthum, Minderjährigkeit. Neu hinzugefügt wird die Läsion. Diese 5 Restitutionsgründe nennt das Institutionencompendium von Serres [22]), das von Argou [23]) fügt die causa generalis, Ferrieres [24]) die Abwesenheit hinzu. Die letztere nun darf als Restitutionsgrund für den C. N. deswegen nicht mehr anerkannt werden, weil er sie im Titel des absens, welcher eine ausführliche und ganz neue Behandlung dieser Lehre enthält, für einen solchen nicht erklärt, und von der causa generalis wird Niemand behaupten, daß aus ihr ohne ausdrückliche Verfügung des Gesetzbuches, welche sich nicht findet, der Richter noch restituiren dürfe. So bleiben denn eben Zwang, Betrug, Irrthum, Minderjährigkeit und Läsion übrig, welche aber als Fälle der Anwendbarkeit der action en nullité ou en rescision schon ohnehin sicher sind.

Bisher nicht gefundene Fälle der Anwendbarkeit derselben können sich uns also nur aus der Betrachtung ihres zweiten Elementes, der relativen Nichtigkeit, ergeben. Wir haben also die einzelnen Nullitäten, welche der C. N. verfügt, zu prüfen und bei jeder festzustellen, ob sich darauf nach seiner Meinung Jeder oder nur bestimmte Personen berufen können. Wir dürfen uns aber nicht verhehlen, daß wir uns hier auf einem keineswegs sicheren Boden befinden. Zwar, dürften wir mit Toullier [25]) davon ausgehen, daß jede Nullität für eine absolute zu halten sei, von welcher das Gesetz

22) p. 590.

23) II. p. 478 s.

24) Dictionnaire de droit s. v. restitution en entier und Coutume de Paris II. p. 368 n. 17. — Alle diese Schriftsteller gehen von der römischen in integrum restitutio aus, fügen dann hinzu, daß die restitutio auch gegen ipso iure nichtige Geschäfte, wenn ihre nichtigkeit auf dem römischen Rechte beruhe, nöthig sei, und geben endlich als Restitutionsgründe die genannten an.

25) VII. n. 558.

nicht das Gegentheil ausgesprochen habe, so wäre unsere Untersuchung schnell und mit Sicherheit zu Ende zu führen; aber ich bin der Meinung, daß Toullier bei dieser Voraussetzung dem C. N. eine Genauigkeit und Schärfe der Bestimmung zutraut, welche nur zu oft bei ihm vermißt wird. Nur das läßt sich zugeben, daß im Zweifel jede Nullität für eine absolute gehalten werden müsse, deren Geltendmachung das Gesetz nicht ausdrücklich beschränkt habe. Wo aber der Grund, aus welchem der C. N. eine Nullität verfügt hat, offenbar nur das Interesse bestimmter Personen ist, dürfen wir, glaube ich, nicht anstehen, die Berufung auf diese Nullität auch nur diesen Personen zu gestatten[26]. Jedoch auch nur da, wo das Interesse dieser Personen der nächste, der eigentlich bestimmende Grund der gesetzlichen Verfügung gewesen ist. Denn das Gesetz kann sehr wohl ein Rechtsgeschäft nur im Interesse bestimmter Personen für ungültig, und doch für absolut nichtig erklären; auch dadurch erreicht es seinen Zweck, nur in durchgreifenderer Weise, was gar nicht ist, kann gewiß Niemanden schaden. Beispiele solcher Verfügungen werden sich unten ergeben. Eine solche Untersuchung über den Grund gesetzlicher Verfügungen ist aber ihrer Natur nach immer mißlich und kann auf einige Sicherheit der Resultate nur da Anspruch machen, wo die Vorarbeiten in der Vollständigkeit, wie es beim C. N. der Fall ist, vorliegen.

Haben wir aber auch gefunden, daß auf eine bestimmte Nullität sich im Sinne des Gesetzes nur bestimmte Personen berufen können, so dürfen wir daraus doch nicht ohne Weiteres schließen, daß dieselbe nun auch mit der action en nullité ou en rescision geltend gemacht werden müsse. Denn es hat zwar die gesetzgebende Section des Staatsrathes die action

---

26) So auch Zachariae I. §. 37 Note 4, Perrin p. 90.

tendant à faire déclarer nul un contrat mit der action en nullité ou en rescision zusammengeworfen, aber sie hat keineswegs ausgesprochen, daß jede relative Nullität mit einer Klage durchgeführt werden müsse. Wir werden also auch für den C. N. die Möglichkeit einer solchen, an die Geltendmachung durch Klage nicht gebundenen, relativen Nullität anzuerkennen haben. Ein Beispiel mag das sogleich anschaulich machen. Der Art. 1601 schreibt vor: „Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle. Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur, d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par ventilation". Daß in dem letzten Theile des Artikels eine relative Nullität vorgeschrieben sei, ist gar nicht zweifelhaft; der Verkäufer ist an den Kauf gebunden, der Käufer nicht, obgleich er ihn als gültigen behandeln kann. Aber eben so wenig, glaube ich, darf bei den gebrauchten Worten „d'abandonner la vente" („renoncer à la vente", sagt Bigot im Corps législatif[17]) daran gezweifelt werden, daß diese Nullität durch Klage nicht geltend gemacht zu werden brauche, daß sie in derselben Weise zu behandeln sei, wie das römische Recht die Nichtigkeit der vom impubes ohne auctoritas tutoris abgeschlossenen zweiseitigen Verträge behandelt.

Eine auf diesen Grundlagen durchgeführte Untersuchung darf für ihre Resultate wenigstens diejenige Sicherheit in Anspruch nehmen, welche der C. N. hier zu erreichen überhaupt möglich gemacht hat.

Uebrigens soll die hier anzustellende Untersuchung auf alle vermögensrechtlichen Rechtsgeschäfte, auch die testamentarischen Verfügungen, erstreckt werden. Die relativen Nulli-

---

17) Disc. publ. VI. p. 14.

täten, welche sich im Gebiete der letzteren ergeben, müssen dann, wie bereits bemerkt wurde, allerdings nicht mit der action en nullité ou en rescision, aber im Sinne des C. N. doch mit einer Klage, und zwar einer in 30 Jahren verjährenden, geltend gemacht werden.

V.

An eine relative Nullität darf zunächst da nicht gedacht werden, wo einem Rechtsgeschäfte die Gültigkeit deswegen abgesprochen wird, weil es ihm an einer der Voraussetzungen fehlt, welche sich aus seinem allgemeinen oder besonderen Wesen als zu seiner Existenz nothwendig ergeben.

An einer Nullität dieser Art leidet z. B. die Willenserklärung, welche unter einer von Seiten des Versprechenden rein potestativen Bedingung abgegeben worden ist (Art. 1174), weil hier in Wirklichkeit gar kein Wille geäußert worden ist; oder diejenige, deren Gegenstand eine unmögliche Leistung, z. B. das Geben einer Sache extra commercium (Art. 1128, 1598, 1878), ist[28]); oder der Kaufvertrag über eine nicht existirende Sache (Art. 1601), so wie derjenige, in welchem kein pretium certum bestimmt ist (Art. 1591), weil, da hier die eine Willenserklärung nichtig ist, nach dem Wesen des zweiseitigen Vertrages auch die andere zusammenfällt[29]); oder die Bürgschaft, welche die Hauptschuld überschreitet (Art. 2013). Auch

---

28) Hierher gehört auch die Vorschrift des Art. 1974, daß der Leibrentenvertrag nichtig sei, wenn die Person, auf deren Leben er gestellt ist, zur Zeit des Abschlusses desselben bereits gestorben sei. Die Willenserklärung: „ich will geben, so lange diese Person lebt", hat jetzt eine unmögliche Leistung zum Gegenstande. Die Discussionen bezeichnen einen solchen Vertrag als sans cause; davon unten in der achten Abhandlung.

29) Das ist der Fall, welchen hauptsächlich der Art. 1131 im Auge hat, wenn er bestimmt: „L'obligation sans cause ou sur une fausse cause... ne peut avoir aucun effet". S. die citirte Abhandlung.

die Dispositionen zu Gunsten von nondum nati, denen der C. N. die nicht lebensfähig Geborenen gleichstellt (Art. 906), gehören hierher. Ferner die divisio parentum inter liberos, welche nicht alle Kinder umfaßt (Art. 1078). Sie ist nicht deswegen nichtig, weil sie die Interessen des übergangenen Kindes verletzt, — von einer aus diesem Grunde ungültigen Theilung spricht der Art. 1079, — sondern weil sie ihrem Wesen und Begriffe nach, als Theilung, voraussetzt, daß sie alle Kinder umfasse. Daher können sich auf ihre Ungültigkeit nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1078 auch diejenigen Kinder berufen, welche etwas erhalten haben.

Ferner gehören hierher die Art. 1129, 1227, 1237, 1238, 1239, 1243, 1244, 1247, 1250 §. 1, 1339, 1399, 1444, 1454, 1455 (800), 1833, 1837, 1855, 1878, 1894, 1917, 1918, 2012. An und für sich müßte hierher auch die Bestimmung des Art. 2056 gezählt werden, daß der Vergleich über einen rechtskräftig entschiedenen Streit nul sei. Denn der Vergleich ist bestimmt, die Ungewißheit des Rechtszustandes aufzuheben, mithin kann von einem Vergleiche nicht die Rede sein, wo eine solche Ungewißheit nicht vorhanden ist. Aber in der ganzen Stelle, an welcher der Art. 2056 sich findet, spricht der C. N. nur von Rescission des Vergleiches wegen Betrugs und Irrthums, so daß ich viel geneigter zu der Annahme bin, daß auch in seinem Falle die Klage des Art. 1304 zur Anwendung zu bringen sei. So gibt auch der Redner der Regierung im gesetzgebenden Körper zwar zunächst als Grund der Bestimmung des Art. 2056 an, „puisque le droit n'était douteux, lorsque les parties ont transigé"; fährt aber dann fort: „Si le jugement était ignoré des parties, le fait, qu'il n'existait plus ni procès ni doute, n'en serait pas moins certain, il y aurait eu *erreur sur l'objet même de la transaction.* Si le jugement n'était ignoré que de l'une des parties, il y aurait une

seconde *cause de rescision*, celle résultant du dol de la partie, qui savait, qu'elle était irrévocablement condamnée“ [30]).

Wo es in dieser Weise der Willenserklärung an einer wesentlichen Voraussetzung ihrer juristischen Existenz mangelt, bedarf es, um dennoch eine relative Nullität annehmen zu dürfen, einer so gemessenen Vorschrift, wie der C. N. sie in Beziehung auf Irrthum und Wahnsinn allerdings gibt (Art. 1117, 1125), oder so guter Gründe, wie dafür sprechen, daß auch die Rechtsgeschäfte willensunfähiger Kinder nur von ihnen angefochten werden können [31]).

VI.

An eine relative Nullität ist ferner da nicht zu denken, wo eine gesetzliche Vorschrift ein Rechtsgeschäft deswegen für ungültig erklärt, weil der Handelnde dadurch den Kreis seiner rechtlichen Herrschaft überschreite, so daß die Absicht einer solchen Vorschrift eben nur ist, den Umfang der Rechte einer Person zu bestimmen, nicht, die Ausübung eines ihr an und für sich zustehenden Rechtes aus bestimmten Gründen für ungültig zu erklären. Von dieser Art sind z. B. die Vorschriften [32]), daß die in den Besitz des Vermögens eines Abwesenden provisorisch Eingewiesenen aus demselben nichts veräußern können (Art. 128) [33]), daß das Legat und der

30) Disc. publ. VI. p. 382. 383. Damit stimmen die Bemerkungen des Berichterstatters der Gesetzgebungssection des Tribunats (VI. p. 392. 393) überein, der des Tribunats (VI. p. 400) sieht in diesem Falle eine convention sans cause. Siehe unter Abh. VIII. §. 3. i. f.

31) S. die 6. Abhandlung im letzten §.

32) Außer denjenigen, welche im Texte genannt werden, gehören hierher die der Art. 965, 1083, 1423, 1427, 1763, 1858, 1860, 1981, 1989, 2051, 2078.

33) Toullier (I. n. 431) will die Abwesenden den Minderjährigen gleichstellen, und ebenso meinen Boileux und die Codes français annotés (zu Art. 118), wie auch Zachariae (I. §. 154.

Verkauf einer fremden Sache[34]) null seien (Art. 1021, 1599). Wenn es ferner im Art. 1812, in der Lehre von der Viehpacht, heißt: „Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du

Note 7), nur der Abwesende könne die Veräußerung anfechten: aus welchem Grunde sehe ich nicht. Duranton (I. n. 486) spricht das Recht dazu den Eingewiesenen ab, weil sie „garants de leurs faits" seien. Dieser Grund wird in ähnlichen Fällen öfter wiederholt; inwiefern er Beachtung verdient, wird besser in der folgenden Note erörtert. Für die relative Nullität des Verkaufs hat sich auch ein Urtheil des Hofes von Rouen vom 22. Juli 1840 (S. XXXX. 2. 415) ausgesprochen. – Nur die den Abwesenden betreffende Erbtheilung ist nach Art. 840, wenn sie nicht gerichtlich geschehen ist, bloß „provisorisch", d. h. von dem Abwesenden angreifbar.

34) Der C. N. betrachtet nämlich den Kaufvertrag nicht als einen Vertrag, wodurch der Eine eine Sache zu überliefern, der Andere Geld zu zahlen verspricht, sondern als einen Vertrag, wodurch der Eine eine Sache gibt, d. h. zum Eigenthume überträgt, der Andere Geld verspricht. S. die letzte Abhandlung §. 5. – A. M. sind Delvincourt II. p. 52, Duranton X. n. 434 s., XVI. n. 176 s., Troplong Vente n. 238. Sie glauben, im Art. 1599 sei nur eine relative Nullität zu Gunsten des Käufers verfügt, und das Eigenthümliche desselben im Gegensatze des römischen Rechtes beschränke sich darauf, daß er dem Käufer das Recht gebe, auch ohne Eviction erlitten zu haben, auf Schadensersatz zu klagen; der Verkäufer hingegen könne nach wie vor auf die Nichtigkeit des Vertrages sich nicht berufen. Der praktische Zweck der Verfügung sei gewesen, dem Käufer ein Mittel zu gewähren, sich dem „état d'incertitude et de crainte, que fait peser sur sa tête le droit d'un tiers sur la chose achetée" (Troplong) zu entziehen. Aber wäre das wirklich der Zweck des Artikels gewesen, so hätte er dem Käufer die Berufung auf die Nullität des Vertrages nur unter der Voraussetzung gestatten müssen, daß derselbe von dem fremden Eigenthume nichts gewußt habe; denn hat er davon gewußt, so kann er nicht verlangen, einer Lage entzogen zu werden, in welche er sich mit Bewußtsein gebracht hat. Weit entfernt aber, das zu thun, verfügte der Artikel in seiner ursprünglichen Gestalt vielmehr umgekehrt, daß der Vertrag einer fremden Sache null sei,

troupeau... sans le consentement du bailleur", so gehört dieser Theil seiner Vorschrift gewiß hierher, da der preneur nicht Eigenthümer ist; aber auch, wenn der Artikel fortfährt: „qui ne peut

„encore qu'elle soit qualifiée telle dans le contrat", und dieser Zusatz wurde in der Staatsrathsberathung gestrichen, nicht weil man ihn für unrichtig, sondern weil man ihn für überflüssig hielt. „L'esprit de l'article est de prononcer la nullité de la vente dans tous les cas" sagte Treilhard, und Tronchet: „Il est ridicule de vendre la chose d'autrui". Als Grund aber, warum man jenen Zusatz gemacht habe, gab Tronchet an, man habe dadurch dem Satze des römischen Rechts ausdrücklich entgegen treten wollen, daß der Verkauf gültig sei, wenn der Verkäufer das fremde Eigenthum gekannt habe. Tronchet kann damit nur gemeint haben, daß nach römischem Rechte der Verkäufer sich auf das fremde Eigenthum nicht habe berufen können, so bald ihm nachgewiesen worden sei, daß er dasselbe gekannt habe. Das soll für den C. N. nicht mehr gelten, d. h. also: der Verkäufer soll sich auch unter dieser, also unter jeder Voraussetzung, auf die Nichtigkeit des Verkaufs berufen können. — Dies war das Resultat der Staatsrathsberathung (Disc. part. VI. p. 13 s.). Die Gesetzgebungssection des Tribunats bemerkte dagegen (ibid. p. 15): Zwar müsse absolute Nullität ganz gewiß eintreten, wenn beide Partheien das fremde Eigenthum gekannt hätten, und es sei die Bestimmung des römischen Rechts in keiner Weise zu billigen, daß auch in diesem Falle der Käufer die Sache habe fordern können. Aber der Satz, daß der Verkauf einer fremden Sache „aucune espèce d'obligation" hervorbringe, dürfe dann nicht Platz greifen, wenn der Käufer das fremde Eigenthum nicht gekannt habe; dann müßten die „dispositions relatives à la non-délivrance et à l'éviction en faveur de l'acquéreur de bonne foi" eintreten. — Diese Modification wurde angenommen, so daß der Redner der Regierung den Sinn des Art. 1599 so wieder geben konnte: „On ne peut sciemment acheter ni vendre la chose d'autrui", und man in den Schlußworten des Art. 1399: „Elle (la vente de la chose d'autrui) peut donner lieu à des dommages - intérêts, lorsque l'acheteur à ignoré, que la chose fût à autrui", den Sinn geben muß, daß dieser Schadensersatz mit der actio emti gefordert werden könne. Aber dies ist auch die einzige Obligation, welche der Verkauf dann erzeugt, in jeder anderen Beziehung ist er null, weswegen nicht bloß der Käufer ohne Eviction auf Schadensersatz klagen

lui-même en disposer sans le consentement du preneur“, darf man darin ebenfalls, wie ich glaube, nicht die Anordnung einer relativen Nullität der Veräußerung bloß im Interesse

sondern auch der Verkäufer die Ueberlieferung der Sache verweigern, und wenn er sie überliefert hat, sie zurückfordern kann. Und in jedem anderen Falle, als dem, wo der Käufer in bona fide ist, erzeugt er gar keine Obligation. — Für die absolute Nichtigkeit sind Merlin (Qu. de droit s. v. vente §. 11 n. 1) und Zachariae (II. §. 351 Note 24); vergl. auch ein Urtheil des Cassationshofes vom 23. Januar 1832 (S. XXXII. 1. 166). Duvergier (I. n. 220) und Boileux (zu Art. 1599) wollen dem Verkäufer nur dann das Recht, sich auf die Nichtigkeit des Vertrages zu berufen, gestatten, wenn er in bona fide sei. Ohne Grund ist diese Unterscheidung zwischen dem Falle, wo der Verkäufer in bona, und dem, wo er in mala fide ist, nicht, aber es darf ihr nicht die Bedeutung zugestanden werden, welche ihr Duvergier beilegt. Es darf ihr keine Bedeutung zugestanden werden, so lange der Vertrag noch nicht vollzogen, der Verkäufer noch im Besitze der verkauften Sache ist; wenn er auch das fremde Eigenthum an ber Sache gekannt hat, aus welchem Grunde könnte ihn der Käufer auf Ueberlieferung derselben belangen? Eigenthum daran hat er nicht erworben, und eine Obligation, die fremde Sache zu geben, ist für den Verkäufer nicht entstanden; daran ist nach dem so eben Ausgeführten nicht zu zweifeln. Wenn aber nach vollzogenem Vertrage der Käufer die überlieferte Sache zurückfordern will, so entsteht für ihn dieselbe Frage: wie will er seinen Anspruch motiviren? Eigenthümer ist er nicht, in einem Contractsverhältniß steht er bei der Nichtigkeit des Verkaufs mit dem Käufer nicht. Er kann nur, um mit einem technischen Ausdrucke des römischen Rechts sogleich die Natur des ihm bleibenden Klagerechts zu bezeichnen „condicere possessionem“, d. h. er kann sagen: Ich habe die Sache überliefert unter der Voraussetzung, daß ich verpflichtet dazu sei, und diese Voraussetzung hat sich nicht bewährt. Das kann er aber auch nur dann sagen, wenn er sich wirklich für verpflichtet d. h. die verkaufte Sache für die seinige hielt. (S. die 8. Abhandlung.) - Damit ist auch zugleich gesagt, welche praktische Wahrheit der Satz, daß der Veräußerer einer fremden Sache „garant de son fait“ sei, habe. Nur muß in allgemeinerer Betrachtung der Sache und in spezieller Beziehung auf den Fall der vorigen Note noch hinzugefügt werden: der Veräußerer eines

des Pächters, sondern muß darin die Absicht finden, auszusprechen, daß nach dem eigenthümlichen Inhalte des im cheptel erklärten Willens der Verpächter sich des Rechtes der Veräußerung begebe[35]). Ebenso wird, wenn es vom Manne heißt, daß er die Immobilien und Mobilargesammtheiten der Gütergemeinschaft nicht verschenken (Art. 1422), und die seiner Frau gehörigen Immobilien nicht ohne deren Consens veräußern könne (Art. 1428 [1507, 1508]), auch dadurch nicht die Schenkung oder Veräußerung im Interesse der Frau für ungültig erklärt, sondern vielmehr ausgesprochen, daß der Mann das Vermögen der Gütergemeinschaft nur insofern zu veräußern das Recht habe, als er die Veräußerung zur Grundlage eines neuen Erwerbes mache, und daß er das Recht, die Immobilien seiner Frau zu veräußern, gar nicht habe, weil er nicht Eigenthümer derselben sei[36]).

---

fremden Grundstücks kann dasselbe vindiciren, wenn es zu einem Vermögen gehört, mit dessen Verwaltung er beauftragt ist, und er kraft seiner Verwaltung auch das Recht hat, Immobilarklagen anzustellen; und das paßt gerade auf den provisorisch Eingewiesenen.

35) Der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats: „L'obligation du bailleur est de délivrer le cheptel donné à bail et d'en faire jouir le preneur, et il en résulte, qu'il ne peut, sans le preneur, disposer d'aucune des bêtes du troupeau". Disc. publ. VI. p. 153. — Man könnte einwerfen, daß hier überhaupt keine Nullität der Veräußerung verfügt sei, da der Eigenthümer durch Vertrag sich nicht veräußerungsunfähig machen könne. Doch spricht der C. N. diesen Satz nirgends ausdrücklich aus, und für die im Texte angenommene Meinung scheint mir die enge Verbindung und offenbare Gleichstellung der beiden Vorschriften des Artikels zu sprechen. Bei der Sachmiethe heißt es: „Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire, qui a un bail authentique ou dont la date est certaine" (Art. 1743).

36) Dennoch will Zachariae (III. §. 510 Note 3) dem Manne nicht das Recht zugestehen, die Veräußerung anzugreifen, und gleicher

Wird dagegen im Art. 1429 verfügt, daß der Mann das Vermögen der Frau immer nur für eine Periode von 9 Jahren in Pacht geben könne, so daß nach Auflösung der Gütergemeinschaft die Frau und ihre Erben nur bis zum Ende dieser Periode an die Verpachtung gebunden seien: so wird er dadurch in einer ihm an und für sich kraft seines Verwaltungsrechts zustehenden Befugniß im Interesse der Frau beschränkt, und es müßte daher die Nullität der Verpachtung für den über jene Periode hinausliegenden Zeitraum als relative selbst dann angesprochen werden, wenn auch nicht der Art. 1429 ausdrücklich sagte, daß dieselbe „non obligatoire vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers" sei. Zu der Annahme aber, daß diese Nullität durch Klage nicht geltend gemacht zu werden brauche, ist um so weniger Grund vorhanden, als es in dem entsprechenden Artikel des projet [37]) heißt, daß die Frau und ihre Erben „peuvent en demander la nullité", und keine Spur darauf hinweist, daß die Gesetzgebungssection des Staatsraths durch die veränderte Fassung des Art. 1429 etwas Anderes habe ausdrücken wollen, als ursprünglich im projet gesagt war. [38]) Freilich hat der demnach zu behauptende Satz, daß die Nullität des Art. 1429 mit der action en nullité ou en rescision geltend gemacht werden müsse, keine practische Bedeutung, da kraft der Eigenthümlichkeit des Falls es zu einer zehnjährigen Verjährung in demselben nie kommen kann.

In enger Verbindung mit der Vorschrift des Art. 1428

Meinung sind wie es scheint, Boileux (III. p. 60. i. f.), Duranton (XIV. n. 320) und Toullier (XII. n. 400).

37) III. 10 Art. 38.

38) Die Fassung des genannten Artikels des projet ist im C. N. nur erweitert, und er namentlich in zwei Artikel, 1429 und 1430 des C. N., zerlegt worden.

steht die Bestimmung des Art. 1554, daß das Dotalgrundstück während der Ehe weder vom Manne noch von der Frau noch von beiden zusammen veräußert werden könne. Nach allgemeiner Betrachtung ist die trotz dieses Verbotes durch den Mann allein gemachte Veräußerung ebenfalls für absolut nichtig zu erachten, da er nach der Ansicht des C. N. nicht Eigenthümer des Dotalgrundstücks ist. Wenn hingegen die Fähigkeit der Veräußerung auch der Frau, welche Eigenthümerin ist, und zwar selbst für den Fall des Hinzutritts des Mannes, abgesprochen wird, so ist dafür zu halten, daß hier wieder ein Fall vorliege, in welchem einer Person ein ihr an und für sich zustehendes Recht, und zwar in ihrem eigenen Interesse entzogen werde[39]). Liest man daher den Art. 1560, welcher die Folgen der Veräußerung dahin bestimmt, daß die Frau und ihre Erben das Recht haben, „de faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription pendant sa durée", und daß während bestehender Ehe auch dem Manne diese Befugniß zustehe[40]): so wird man weder daran, daß auf die Ungültigkeit dieser Veräußerung andere Personen außer den genannten sich nicht berufen dürfen, noch daran, daß diese sie durch Klage geltend machen müssen („de faire révoquer l'aliénation"), daß also hier

39) Berlier als Redner der Regierung im Corps législatif: »Ce n'est point seulement le mari, qui ne pourra aliéner les immeubles dotaux de sa femme, car dans aucun système cette aliénation ne saurait être l'ouvrage de celui, *qui n'est pas propriétaire*, mais c'est la femme elle-même, qui ne pourra aliéner ses immeubles dotaux, lors même, que son mari y consentirait. Cette disposition du droit romain, *née du desir de protéger la femme* contre sa propre faiblesse et contre l'influence du mari, est l'un des points fondamentaux du système. Notre projet l'a conservée...«. Disc. publ. V. p. 301.

40) »Le mari lui-même pourra faire révoquer l'ailénation«.

wirklich die action en nullité ou en rescision Platz greife, zweifeln zu dürfen glauben. Dann wird man aber, da der Art. 1560 den Fall der Veräußerung durch den Mann ebenfalls mit umfaßt, auch diese, obgleich offenbar Handlung eines Unberechtigten, für nur relativ nichtig zu halten sich bequemen müssen.

Und doch haben diejenigen, welchen dieser Artikel seine Entstehung verdankt, durch denselben etwas ganz Anderes ausdrücken wollen. In der dem Staatsrathe von seiner Gesetzgebungssection vorgelegten Redaction lautete er zwar im Uebrigen wie jetzt, verfügte aber das Recht der Frau und des Mannes, „de faire revoquer l'aliénation", nur als secundäre Folge der Veräußerung, als principale aber radicale Nullität derselben. „Si... la femme ou le mari ou les deux conjointement alienent le fonds", heißt es hier wie auch jetzt, — „*l'aliénation sera radicalement nulle.* La femme ou ses héritiers pourront la faire révoquer" u. s. w. wie jetzt. Und als im Staatsrathe sich eine Stimme gegen das Recht des Mannes, die Veräußerung anzugreifen, erhob, erklärte Maleville: „que la question est decidée par la disposition, qui déclare la vente radicalement nulle. Lorsqu'un acte est ainsi qualifié par la loi, il est comme s'il n'existait pas et il ne peut être opposé à personne" [41]). Darauf wurde der Artikel vom Staatsrathe angenommen. — Er nannte also in seinem ursprünglichen Sinne Mann und Frau als zur Anfechtung der Veräußerung berechtigt nicht, um dadurch andere Personen auszuschließen und zu sagen, daß diese sie anerkennen müßten, sondern nur, um zu sagen, daß der Frau während der Ehe keine Verjährung laufe, und daß der Mann selbst an seine eigene Handlung nicht gebunden sei; und wollte

41) Disc. part. VI. p. 353.

mit dem Ausdrucke „faire révoquer l'aliénation" keineswegs die Klage auf Rescission der an und für sich bestehenden Veräußerung, sondern nur die Klage auf Wiederaufhebung ihrer factischen Folgen, d. h. die Vindication bezeichnen, — ein neuer Beweis, wie wenig sicher die Schlüsse aus den vom C. N. gebrauchten Worten sind.

Warum aber und in welchem Sinne ist die Verfügung der radicalen Nullität gestrichen worden? Sie ist gestrichen worden auf den Antrag der Gesetzgebungssection des Tribunats, welche ihre Motive folgendermaßen angibt: „Ces mots „l'aliénation sera radicalement nulle" n'ont paru rien ajouter à une nullité légale; des difficultés pourraient naître sur leur interprétation. L'effet de la nullité est assez déterminé dans la rédaction proposée par la faculté de révoquer l'aliénation"[42]. Die Gesetzgebungssection des Tribunats war also allerdings der Meinung, daß in dem Rechte der Frau und des Mannes, die Veräußerung anzugreifen, und nur darin, sich die Wirkung ihrer Nullität darstelle, mit anderen Worten, daß diese Nullität eine relative sei, und wollte die Bezeichnung derselben als einer radicalen bloß deswegen gestrichen haben, weil man dadurch möglicherweise verleitet werden könnte, ihr eine andere Bedeutung beizulegen. Sie verstand nämlich unter nullité radicale nicht diejenige Nullität, welche den Vertrag an seiner Wurzel so erfaßt, daß nichts davon übrig bleibt, sondern diejenige Nullität, welche, sie mag absolut oder relativ sein, dem Vertrage von Anfang an anklebt, nicht erst durch richterliches Urtheil an ihr herantritt; in der Note ist dies näher ausgeführt[43]. — Da nun die Meinung des

42) Disc. part. l. c.

43) Schon in der vorigen Abhandlung ist davon geredet worden, daß die Gesetzgebungssection des Tribunats auch in dem jetzigen

Tribunats angenommen worden ist, so haben wir den Artikel 1560 in seinem Sinne zu verstehen, und daher jetzt allerdings

---

Art. 1338, welcher in der ihr vorgelegten Fassung lautete: „Dans la confirmation ou ratification d'un acte radicalement nul on doit pour qu'elle soit valable trouver...", auf Vermeidung des Ausdrucks „nullité radicale" angetragen hat. Dazu machte sie die Bemerkung: „Sur les mots „actes radicalement nuls" on observe, que rien n'est plus vague. Cette expression serait une source d'arbitraire et d'incertitude. Dès-lors elle ne doit point trouver place dans le Code. Il faut une disposition conçue de manière, que la ligne de demarcation soit bien clairement tracée entre les nullités irréparables et celles, qu' on peut réparer". Und darauf entwickelte sie, wie oben näher angegeben wurde, den Gegensatz zwischen absoluten und relativen Nullitäten; diese seien heilbar, jene nicht. Folglich kann sie unter nullité radicale nicht die absolute Nullität verstanden haben; sie hätte sonst bemerken müssen, daß der Entwurf als heilbar unheilbare Nullitäten, nicht, daß er nicht hinlänglich bezeichne, welche heilbar seien. Es muß vielmehr die nullité radicale in ihrem Sinne sowohl die relative als die absolute Nullität umfassen. — Dasselbe ergibt sich aus der Veränderung, welche sie zum jetzigen Art. 1125 vorschlug. Die Worte: „Les engagemens contractés par les impubères sont radicalement nuls", wollte sie mit folgenden vertauscht wissen: „Les engagemens contractés par les impubères ne sont obligatoires en aucun cas ni pour aucune des parties". Disc. part. V. p. 16. Sie war hier mit dem Staatsrathe in der Sache selbst einverstanden, glaubte aber die absolute Nullität der Rechtshandlungen des impubes durch „nullité radicale" nicht hinlänglich bezeichnet. — Ebenso sind in dem Art. 1974, in welchem von dem auf das Leben einer bereits gestorbenen Person gestellten Leibrentenvertrage gesagt wird, daß er „ne produit aucun effet", diese Worte auf den Vorschlag der Gesetzgebungssection des Tribunats an die Stelle der ursprünglichen „est radicalement nul" gesetzt worden. Disc. part. VI. p. 264. – Am deutlichsten tritt diese Auffassung der nullité radicale bei Perrin hervor. „En effet", sagt er p. 93, „une nullité radicale est celle, qui existe ab initio. L'acte est nul dans son principe, dans sa racine. Or une vente d'immeubles passée par la femme mariée sans l'autorisation de son mari, quoique frappée d'une nullité seulement relative, est aussi bien nulle ab initio et dans sa racine, que si elle était frappée d'une nullité absolue; une telle vente

der Nennung der Frau und des Mannes als zur Revocation der Veräußerung berechtigter Personen eine alle übrigen ausschließende Bedeutung beizulegen. In Folge davon müssen wir aber auch dem Ausdrucke „faire révoquer“ einen anderen Sinn geben, als er ursprünglich gehabt hat; wir müssen darin die Bezeichnung einer wirklichen Nullitätsklage (der action tendant à faire déclarer nul un contrat, = der action en nullité ou en rescision) finden. Denn nach der Ansicht jener Section des Tribunats mußte, wie aus ihren in der vorigen Abhandlung mitgetheilten Bemerkungen zu Art. 1338 hervorgeht[44]), die relative Nullität, wenn auch eine von Anfang an vorhandene, doch erst durch Klage geltend gemacht werden; und ein besonderer Grund, dieselbe hier für überflüssig zu erklären, liegt nicht vor. So daß wir also hier wieder einen neuen Fall gefunden haben, in welchem die action en nullité ou en rescision Platz greift.[45]) Und zwar, was wohl zu

est censée n'avoir jamais eu existence. Le mari la fait anéantir ou plutôt en fait reconnaître l'inutilité, sans être obligé de prouver aucun dommage. Une nullité relative n'est donc pas moins radicale, qu'une nullitè absolue. Il suit de-là, que les nullités radicales ne sont point une espèce à part. L'expression, dont il s'agit, convient également aux nullités de droit public et celles de droit privé. Si elle est utile, c'est pour ramener à des idées claires ceux, qui seraient tentés à confondre la voie de nullité avec celles de rescision, de restitution et de resolution“. Der Verfasser nimmt Rescission bei der Läsion Großjähriger, Restitution bei der Interdiction und der Minderjährigkeit an. Die Section sieht auch in diesen Fällen eine relative Nichtigkeit (s. oben S. 71), so daß ihr für den Gegensatz der radicalen Nullität nur die Resolution übrig bleibt. Von der andern Seite meint sie es aber auch mit der Nichtexistenz des an einer relativen Nichtigkeit leidenden Rechtsgeschäfts, wie wir gesehen haben, nicht so ernstlich.

44) Disc. part. V. p. 180. 181.

45) Die Verjährung derselben läuft für die Frau (der Mann kann nur während der Ehe, während derselben aber auch immer, klagen), nicht von der Zeit des Vertrages, sondern von der Zeit der Auflösung der Ehe oder der Gütertrennung. Art. 1560.

bemerken ist, ist dieselbe nicht bloß für den Fall der Veräußerung durch die Frau, sondern auch für den, wo dieselbe vom Manne ausgegangen ist, trotz dem, daß dann eine fremde Sache veräußert worden ist, anzuerkennen. Die Bemerkungen des Tribunats beziehen sich auf beide Fälle; die gleiche Behandlung derselben, welche nach dem ursprünglichen Sinne des Artikels gerechtfertigt war, hat es fortbestehen lassen, obgleich sie es nach seiner Auffassung desselben nicht mehr ist.

Die Jurisprudenz und die Praxis fassen bei der Interpretation des Art. 1560 ohne Einsicht in den hier dargelegten historischen Zusammenhang bald den einen bald den anderen der an und für sich möglichen Gesichtspunkte auf; es herrscht daher die größte Verschiedenheit der Meinungen. Delvincourt[46]) und die Codes français annotés[47]) gehen davon aus, daß das Recht, die Veräußerung anzufechten, nur dem Manne und der Frau gegeben und daher anderen Personen nicht zuzustehen sei. Die gleiche Entscheidung hat aus demselben Grunde der Hof von Grenoble am 24. December 1828 (S. XXIX. 2. 150) gegeben; auch der von Nimes beruft sich in seinem Urtheile vom 2. April 1832 (S. XXXII. 2. 519) auf ihn, außerdem aber auch darauf, daß die Nullität der Veräußerung nur im Interesse der Frau verfügt sei. Durch diese letztere Betrachtung ist der Cassationshof zu seinen Urtheilen vom 11. Dec. 1815 (S. XVI. 1. 161) und vom 25. August 1831 (S. XXXII. 1. 623), und der Hof von Paris zu seiner Entscheidung vom 26. Februar 1833 (S. XXXIII. 2. 230) bestimmt worden. Toullier[48]) spricht dem Ankäufer das Recht, sich auf die Nullität der Veräußerung zu berufen, ab, ohne einen Grund anzugeben. Ebenso Bazeille,

46) II. p. 140. 508.
47) Zu Art. 1560 n. 2-4.
48) XIV. n. 236.

welcher aber für den Fall, wo der Mann veräußert hat, nur 30jährige Verjährung zulassen will[49]. Gleicher Ansicht ist Zachariae[50]; er erklärt jedoch die Klage in einem und dem anderen Falle für eine Vindication. — Von der anderen Seite fehlt es aber auch nicht an Stimmen, welche die Ungültigkeit der vom Manne vorgenommenen Veräußerung einer fremden Sache für eine absolute erklären. So entschied der Hof von Riom am 30. November 1813 (S. XIII. 2. 361), und Duranton[51]) und Boileux[51a]) sind noch jetzt dieser Meinung, obgleich sie die Berufung auf die Richtigkeit der Veräußerung dem Käufer doch nur dann gestatten wollen, wenn er in bona fide ist.

VII.

Zu den Vorschriften, welche Rechtsgeschäfte wegen mangelnden Rechtes des Handelnden für ungültig erklären, gehört auch die des Art. 1119, daß Niemand durch seinen Vertrag einen Andern verpflichten, Niemand aber auch dadurch ihm Rechte erwerben könne[52]. Denn Niemand hat das Recht, seinen Willen an die Stelle des Willens eines Anderen zu setzen, wenn nicht dieser oder ein anderer dazu Berechtigter ihm dazu Auftrag gegeben hat. — Schreibt in demselben Sinne auch der Art. 391 vor, daß die Mutter, welche durch den Tod ihres Mannes Vormünderin ihrer Kinder geworden, durch das Testament desselben aber an den Beistand eines conseil gebunden worden ist, ohne denselben keine Vormundschaftshandlung vornehmen könne, oder muß man sagen, daß diese, offenbar nur im Interesse der Kinder gegebene Verfügung

49) Prescriptions n. 553. 554.
50) III. §. 537 Note 10. 13. 14.
51) XV. n. 521 s.
51a) III. p. 197.
52) Anwendungen davon Art. 1861. 1862.

auch nur den Kindern das Recht verleihe, die von der Mutter ohne Beistand des conseil vorgenommenen Handlungen anzugreifen? Und in gleicher Weise fragt sich, ob den Vorschriften, welche den Vormund für gewisse Rechtsgeschäfte an die Beobachtung bestimmter Förmlichkeiten binden, derselbe Sinn beizulegen, oder ob anzunehmen sei, daß der ohne jene Förmlichkeiten handelnde Vormund noch immer als Vormund handele, seine Handlung also als Handlung des Minderjährigen vom Gesetz anerkannt, und diesem nur das Recht gegeben werde, sie, wenn sie seine Interessen verletzt, anzufechten?

Beide Fragen werden unten in der Lehre von der Handlungsunfähigkeit der Minderjährigen in der sechsten Abhandlung beantwortet werden.

VII.

Wenn auch ein Rechtsgeschäft diejenigen Voraussetzungen, welche sich aus seinem Wesen als zu seiner Existenz nothwendige ergeben, an sich trägt, auch dadurch der Handelnde den Kreis seiner rechtlichen Herrschaft nicht überschreitet, so kann dennoch das Gesetz aus bestimmten Gründen demselben die Gültigkeit absprechen. Von diesen Gründen liegt nun eine große Anzahl offenbar nicht im Interesse derjenigen Personen, welche dadurch beeinträchtigt werden, sondern im allgemeinen Interesse der bürgerlichen Gesellschaft. So begründet vor Allem die allgemeine Vorschrift keine relative Nullität, daß Verträge, deren Inhalt die Gesetze, die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verletzt, nicht binden (Art. 6, 1131, 1133, 1172, 1387, 1833), wohin im Einzelnen die Bestimmung gehört, daß Verträge über eine noch

nicht anerfallene Erbschaft[53]) nichtig seien (Art. 791, 1130, 1389, 1600). Von gleicher Art ist das Verbot der Substitution (Art. 896, 951, 1050, 1081), — ordinis publici interest, daß sie nicht vorkomme[54]); — ferner das zur Aufrechterhaltung der Einheit des Rechts gegebene Verbot, die ehelichen Güterverhältnisse nach einer der älteren coutumes zu reguliren (Art. 1390). Vergl. noch Art. 223 (1538. §. 2), 910 (937),2076. Auch diejenigen Vorschriften sind hierher zu zählen, welche zwar den Zweck haben, zu verhüten, daß gewisse Rechte aufgegeben, gewisse Verpflichtungen übernommen werden, mit einem Worte, daß man sich in gewisser Weise ärmer mache, welche aber die betreffenden Rechtsgeschäfte nicht bestimmten Personen mit Rücksicht auf ihre besondere Stellung, sondern ohne Ausnahme Allen verbieten, welche sie abzuschließen in den Fall kommen können. Denn dadurch eben zeigen sie, daß sie nicht die Person, sondern die Sache im Auge haben, daß sie nicht den Personen, welche in solcher Weise ärmer werden, helfen, sondern das Aermerwerden in solcher Weise an und für sich als mit der öffentlichen Ordnung streitend bezeichnen wollen. Von dieser Art ist die Vorschrift, welche dem Manne verbietet, den Rechten, die er als Haupt der

53) »Conventions incompatibles avec l'honnêtete publique«. Bigot im Corps législatif, disc. publ. V. p. 14. Denn: improbum est, sollicitum esse de vivi hereditate. Der C. N. hat auf den Antrag der Gesetzgebungssection des Tribunats den Vertrag auch für den Fall des Consenses des zu Beerbenden verboten. Disc. part. V. p. 18.

54) Bigot im gesetzgebenden Körper: »Il était impossible, de concilier avec l'intérêt général de la société cette faculté d'établir un ordre de succession perpétuel et particulier à chaque famille.« Disc. publ. IV. p. 264. = Art. 896 §. 2. »Toute disposition, par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.

Familie hat, den Aeltern, ihren Rechten über die Kinder zu entsagen (Art. 1388); das Verbot, sich des Rechtes auf Theilung, oder auf die Verjährung zu begeben (Art. 815, 2220); das Verbot, das Rückkaufsrecht auf länger als fünf Jahre einzuräumen (Art. 1660); das Verbot wucherlicher Zinsen (Gesetz vom 5. April 1807); das Verbot des Vertrages, wodurch ein Ehegatte einen größeren Theil an den Schulden der Gütergemeinschaft übernimmt, als er aus dem Vermögen derselben bekommt (Art. 1521)[55], und andere[56].

VIII.

Von einer relativen Nullität kann überhaupt nur da die Rede sein, wo das Gesetz ein Rechtsgeschäft nicht seiner selbst wegen, sondern mit Rücksicht auf gewisse Personen für ungültig erklärt. Jedoch ist auch eine solche Nullität keineswegs nothwendig relativ.

Sie ist zunächst dann nicht relativ, wenn ein Rechtsgeschäft nicht zum Besten, sondern in odium gewisser Personen für ungültig erklärt wird. Dahin gehört die Vorschrift, daß der bürgerlich Todte gewisse Rechtsgeschäfte nicht gültig vornehmen könne (Art. 25), so wie die, daß eine freigebige Verfügung zu Gunsten des Fremden ungültig sei, wenn nicht auch der Inländer im Lande des Fremden in gleicher Weise erwerben könne (Art. 912). Ferner ist hierher die Bestimmung zu zählen, daß natürlichen Kindern durch freigebige Verfügungen nicht

---

55) Der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats: „Les parts inégales dans la communauté exigent la contribution proportionelle dans le paiement des dettes. Cette conséquence est tellement juste, que la loi déclare nulle toute convention faite pour en troubler l'équilibre“. Disc. publ. V. p. 367.

56) Art. 965, 1453, 1628, 1674, 1780, 1811, 1819, 1828, 1911, 2063, 2078, 2088, 2140.

mehr zugewendet werden könne, als sie auch nach dem Gesetze erhalten würden (Art. 908). Es liegt auf der Hand, daß sie nicht mit der Vorschrift gleichen Sinn hat, welche im Allgemeinen über mehr als einen bestimmten Theil des Vermögens zu disponiren verbietet, daß die letztere eben so sehr im Interesse der Intestaterben des Disponirenden gegeben ist, als jene erstere verhüten will, daß nicht natürliche Kinder zu einer ihnen nicht gebührenden Stellung erhoben werden[57]). Ganz von derselben Art ist das Verbot, dem zweiten Ehegatten mehr als den Theil des Kindes, welches am Wenigsten erhält, zuzuwenden (Art. 1098, 1527 §. 3). Der Grund dieses Verbots lag im römischen Rechte in dem odium secundarum nuptiarum, und deswegen erzeugte es Nichtigkeit ipso iure[58]); aus dem römischen Rechte hat der C. N. es aufgenommen — Bigot im Corps législatif: „on a maintenu cette sage disposition“[59]) — und deswegen muß man bis auf geführten Gegenbeweis annehmen, daß es im C. N. auch dieselbe Wirkung habe[60]). — S. ferner Art. 792 (1460), 801.

---

57) Treilhard als Redner der Regierung im Corps législatif. »Si la nature réclame pour ceux-ci (les enfans naturels) une portion de patrimoine paternel, l'ordre social s'oppose à ce qu'ils le reçoivent dans les mêmes proportions et au même titre, que les enfants légitimes«. Disc. publ. IV. p. 163.

58) l. 6 pr. C. de secundis nuptiis.

59) Disc. publ. IV. p. 321.

60) Diesen Gegenbeweis liefert nicht die Aeußerung Bigot's, wenn er am angeführten Orte fort fährt: — »cette sage disposition, que l'on doit encore moins attribuer à la défaveur des secondes mariages, qu'à l'obligation où sont les pères ou mères, qui ont des enfants, de ne pas manquer à leur égard, lorsqu' ils forment de nouveaux liens, aux devoirs de la paternité«. Denn das Zweite ist gerade die Explication des odium secundarum nuptiarum, wie das römische Recht diesen Begriff auffaßt. Es sieht nicht etwa deswegen die zweite Ehe mit ungünstigen Augen an, weil es der Ansicht wäre, daß auch dem verstorbenen Ehegatten

Aber auch wenn ein Rechtsgeschäft nur im Interesse gewisser Personen für ungültig erklärt wird, ist die Nullität desselben nicht immer eine relative. Sie ist nur dann eine relative, wenn der Sinn des Gesetzes ist, daß das Rechtsgeschäft ungültig sein solle, insofern es die Interessen jener Personen verletze, — wo es von ihnen den Beweis dieser Verletzung fordert, — oder weil es sie verletze, — wo es ihnen diesen Beweis erläßt. Das Gesetz kann aber auch noch weiter gehen, und unter gewissen Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft verbieten, ganz abgesehen davon, ob durch dasselbe die Interessen, welche es schützen will, wirklich verletzt werden, bloß um alle Möglichkeit einer solchen Verletzung auszuschließen. Dann ist die Nullität des Rechtsgeschäfts keine relative, sondern eine absolute; sie beruht nicht auf dem verletzten Interesse gewisser Personen, sondern will die Verletzung desselben verhüten; jenes Interesse ist zwar die Veranlassung der Vorschrift, welche die Nullität verfügt, aber nicht deren Grund.

Hierher gehört die Bestimmung, daß der Vormund Sa-

die Treue bewahrt werden müsse, sondern deswegen, weil dadurch der Vater oder die Mutter die Liebe, welche sie ihren Kindern allein schuldig zu sein scheinen, anderswo hinwenden. Auf daß in Folge davon die Kinder nicht gar zu sehr in den Hintergrund gedrängt werden mögen, erlaubt es höchstens, den zweiten Ehegatten den Kindern gleichzustellen. Und so auch das französische Recht; es gesteht dem zweiten Ehegatten nur die Fähigkeit zu, „de recevoir une part d'enfant" (Berlier im Staatsrath, disc. part. IV. p. 365). Indem ihm mehr gegeben wird, handelt der Disponirende gegen das Gesetz, nicht indem er den Kindern etwas nimmt, — er darf es ihnen nehmen, wenn er nur ihren Pflichttheil nicht verletzt*), — sondern indem er ihnen eine Person vorzieht, welche er ihnen nicht vorziehen soll.

*) Z. B. Er hat 6 Kinder. Er braucht jedem Kinde nun ⅛ des Vermögens zu lassen (Art. 913), aber dem zweiten Ehegatten kann er ebenfalls nur ⅛, nicht das ganze übrige Viertel zuwenden.

chen seines Mündels nicht kaufen oder in Pacht nehmen könne, außer wenn derselbe durch den vom Familienrathe autorisirten Gegenvormund vertreten ist (Art. 450 §. 3). Könnte der Vormund bei einem solchen Vertrage zugleich für sich handeln und zugleich den Mündel vertreten, so läge die Gefahr einer Uebervortheilung desselben und der Verdacht, daß der Vormund seine Stellung mißbrauche[60a]), zu nahe. — Ferner ist hierher die Verfügung zu rechnen, daß der Minderjährige zum Vortheile des Vormundes auch nach zurückgelegtem 16. Jahre nicht testiren, und daß er ihm selbst nach erreichter Großjährigkeit vor Ablegung der Vormundschaftsrechnung nichts durch freigebige Verfügung zuwenden könne; so wie die, daß geistliche und Medicinalpersonen durch letzwillige Verfügung desjenigen, dem sie in seiner letzten Krankheit beigestanden haben, nicht erwerben können (Art. 917. 909). Das Gesetz, fürchtend, daß jene Personen ihren Einfluß in gewinnsüchtiger Absicht mißbrauchen, will ihnen jede Möglichkeit dazu nehmen[61]). Aus demselben Grunde verbietet

60a) S. Note 63.

61) Ueber den Art. 907 bemerkte Bigot im Corps législatif. »Il ne suffit pas, que la volonté soit certaine, il faut encore, qu'elle n'ait pas été contrainte ou extorquée par l'empire, qu' aurait eu sur l'esprit du donateur celui, au profit duquel est la disposition. Cet empire est tel de la part d'un tuteur sur son mineur, *et les abus seraient à cet égard si multipliés*, qu'il a été necessaire, *d'interdire* au mineur émancipé la faculté de disposer même par testament au profit de son tuteur«. Sodann: »On n'a pas voulu, *que les tuteurs pussent concevoir l'espérance*, qu' au moyen des dispositions, qu'ils obtiendraient de leurs mineurs parvenus à la majorité, ils pourraient se dispenser du compte définitif de tutelle«. Disc. publ. IV. p. 267. 268. - Ueber den Art. 909 bemerkte der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats: »Il en coûte sans doute d'établir une règle générale, qui porte sur des professions, que nous sommes accoutumés à voir exercer par des hommes si desintéressés et généreux: mais ceux-là ne se plaindront pas des *précautions* de la loi, qui ne peut distinguer entre les individus«. Disc. publ. IV. p. 330.

der Art. 997, in einem testamente sur mer die Schiffsoffiziere, wenn sie nicht Verwandte sind, zu bedenken, und erklärt der Art. 1593 den Kaufvertrag zwischen Ehegatten für unzulässig [62]. — Ebenfalls hierher gehört die Bestimmung, daß Vormünder nicht die Sachen ihrer Mündel, Mandatare nicht die Sachen, welche sie zum Verkauf zu bringen beauftragt sind, Verwalter von Gemeinden und öffentlichen Anstalten nicht die Sachen derselben, endlich öffentliche Beamte, welche Nationalgüter zum Verkauf ausstellen, nicht diese ansteigern dürfen (Art. 1596). Das Gesetz will, damit diese Personen nicht in dem Conflicte ihrer eigenen Interessen und der Interessen derjenigen, für welche sie zu sorgen berufen sind, der Versuchung unterliegen, ihnen jeden derartigen Conflict unmöglich machen [63]. Der Unterschied zwischen diesen und den

62) Portalis im Corps législatif: »On a craint avec raison l'abus, que le mari peut faire de son autorité, et celui, qui aurait sa source dans l'influence, que la femme peut se ménager par les douces affections, qu' elle inspire«. Disc. publ. VI. p. 9. Dennoch wollen Troplong (Vente n. 185) und Zachariae (II. §. 351 Note 14) den Vertrag als Schenkung betrachtet und als solche bis auf geschehenen Widerruf aufrecht erhalten wissen, wenn die Absicht zu schenken angenommen werden könne, und Duvergier (I. n. 183. 184) führt diesen Satz noch näher dahin aus, daß animus donandi angenommen werden müsse, bis das Gegentheil bewiesen sei. Duranton (XVI. n. 153) ist für die absolute Nullität.

63) Portalis im Corps législatif: »Les raisons de *sureté* et d'*honnêteté publique*, qui motivent ces *défenses*, sont trop évidentes pour qu'il soit nécessaire, de les développer«. L'honnêteté publique - es soll von diesen Personen selbst der Verdacht eines Mißbrauchs ihrer Stellung entfernt werden. Portalis stellt diese Vorschrift mit der des römischen Rechts zusammen, welche dem praeses provinciae in seiner Provinz zu kaufen untersagte: »On voulait écarter d'eux jusqu'au soupçon de mêler des vues d'intérêt privé avec les grands intérêts publics confiés à leur sollicitude«. Disc. publ. VI. p. 10. Dennoch sind Delvincourt (II. p. 519), Duvergier (I. n. 194)), Duranton (XVI. n. 139), Troplong

vorhergehenden Bestimmungen liegt nur darin, daß es hier nicht Einfluß auf den Willen des andern Contrahenten, sondern sonstige Machinationen fürchtet. — In sofern ist wieder verschieden eine fernere hierher gehörige Bestimmung, die der Art. 1394 und 1395, welche (vergl. Art. 1451 §. 4, 1543) Ehegatten während bestehender Ehe ihre Vermögensverhältnisse anders zu ordnen verbietet, als dieselben beim Beginne der Ehe geordnet waren. Diese Bestimmung ist zum Schutze Dritter gegeben; aber sie will „empêcher des fraudes envers tiers“ [64]), sie erklärt den während der Ehe geschlossenen Heirathsvertrag nicht insofern als, oder deswegen weil er Dritte verletzt, für ungültig, sondern, abgesehen von der Wirlichkeit einer solchen Verletzung, um ihre Möglichkeit auszuschließen. — Endlich reiht sich hier die Vorschrift des Art. 1597 an, welcher ein Rechtsgeschäft nicht einmal deswegen verbietet, damit durch dasselbe Dritte nicht verletzt werden, sondern damit in Folge desselben deren Interesse keine Beeinträchtigung erleide. Er verbietet Richtern und anderen bei einem Gerichte angestellten Personen, streitige Rechte, deren Entscheidung zur Competenz dieses Gerichtes gehört, durch Cession zu erwerben, in der Absicht, zu verhüten, daß nicht jene Personen ihre Stellung zur Erwirkung einer ihnen günstigen Entscheidung mißbrauchen [65]).

(Vente n. 194), Boileux (zu Art. 1596) und Zachariae (II. §. 351 zu Note 13) der Ansicht, daß sich auf diese Bestimmungen nur der Verkäufer, in dessen Interesse sie gegeben seien, berufen könne.

64 Berlier als Redner der Regierung im Corps législatif, disc. publ. V. p. 185.

65) Aber auch hier mischt sich die Absicht, den Richter vor Verdacht zu schützen, in den Grund des Gesetzes. Portalis als Redner der Regierung im gesetzgebenden Körper, disc. publ. V. p. 10. — Dennoch glaubt Duranton (XVI. n. 145), daß nur der debiteur cessé, Boileux (zu Art. 1597) daß nur dieser und der Cedent sich auf die Nichtigkeit der Cession berufen dürfe. Der im Texte

Und gleichen Sinn hat die Verfügung, daß dem Vormunde kein Forderungsrecht gegen den Mündel cedirt werden dürfe. Art. 450 — Endlich gehört auch Art. 1097 hierher, wovon unten Note 71 [66]).

In die Reihe dieser Vorschriften gehört auch, nach seinem ursprünglichen Sinne im römischen Recht, das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten (Art. 1096). Aber dieses Verbot hat im C. N. in Folge des Umstandes, daß es zuletzt doch nichts Anderes bezweckt, als Schutz des schenkenden

---

ausgesprochenen Meinung sind Troplong (Vente n. 196), Düvergier (I. n. 200.)

66) Ich bemerke aber über die in diese Kategorie gehörigen Rechtsgeschäfte Folgendes, was vielleicht im Stande ist, die hier vorgetragene Meinung annehmbarer erscheinen zu lassen. Wenn derjenige Contrahent, dessen Interesse das Gesetz durch das Verbot des Rechtsgeschäfts nicht hat schützen wollen, sich auf die Nichtigkeit desselben beruft, so thut er zwar etwas, wozu er Befugniß hat, und der andere Contrahent hat daher nicht das Recht, zu verlangen, daß das Rechtsgeschäft aufrecht erhalten werde. Wenn aber dieser andere Contrahent dadurch verliert, so tritt, allerdings in Folge der Verfügung des Gesetzes selbst, ein Zustand ein, welchen dasselbe gewiß nicht gewollt hat, von dem man vielmehr annehmen darf, daß er seiner eigentlichen Absicht durchaus widerspreche. Ich glaube daher, daß man das Recht hat, seine Verfügung dadurch zu ergänzen, daß man demjenigen Contrahenten, durch dessen Interesse es zum Verbote des Rechtsgeschäfts bestimmt worden ist, die Befugniß einräumt, von dem anderen sich auf die Nichtigkeit desselben berufenden Contrahenten Ersatz Alles dessen zu verlangen, was er gehabt haben würde, wenn jener die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht geltend gemacht hätte. Es wären demnach diese Fälle zu behandeln, wie der Verkauf einer fremden Sache. Der Verkäufer einer fremden Sache kann sich zwar auch gegen den Willen des Ankäufers auf die Nichtigkeit des Verkaufs berufen; aber er muß demselben Schadensersatz geben. — Ist das Gesetz durch das Interesse eines Dritten bewogen worden, ein Rechtsgeschäft zu verbieten, so kann keiner der Contrahenten von dem anderen Schadensersatz verlangen, da beide in gleichem Falle sind, beide gegen den Willen des Gesetzes sich vergangen haben.

Ehegatten gegen widerrechtlichen Einfluß von Seiten des andern, eine durchaus verschiedene Bedeutung erhalten. — Das römische Recht, um dem Ehegatten jeden Mißbrauch der Liebe des anderen unmöglich zu machen, erklärte die Schenkung zwischen Ehegatten für absolut nichtig, sprach ihr alle Existenz ab, und auch als später (im Jahre 206 v. Chr.) ein Senatsbeschluß bestimmte, daß, wenn der Schenker während seines Lebens die Nichtigkeit der Schenkung nicht geltend gemacht habe, auch der Erbe darauf sich nicht ferner berufen könne, wollte derselbe damit keineswegs gesagt haben, daß die Nichtigkeit der Schenkung nur eine relative, für andere Personen als den Schenker gar nicht vorhandene sein solle, sondern er entzog dem Erben das Recht, die Schenkung als nichtig zu behandeln, deswegen, weil er aus der Nichtgeltendmachung ihrer Nichtigkeit von Seiten des Schenkers schließen zu dürfen glaubte, daß derselbe bis zu seinem Tode den animus donandi nicht verloren habe, also mit demselben gestorben sei, und folglich eine mortis causa donatio vorliege [67]), die zwischen Ehegatten immer zulässig war. Die Redactoren des C. N. dagegen haben in jenem Senatsbeschlusse einen andern Sinn gefunden, sie haben wirklich angenommen, er habe bestimmen wollen, daß auf die Ungültigkeit der Schenkung, da sie nur zu Gunsten des Schenkers verfügt sei, auch nur dieser sich berufen könne, daß sie also — gemäß ihrer Auffassung der relativen Nullität — bestehe, so lange dieser sie als nichtig nicht anspreche, und daher durch den Tod desselben nicht erst Existenz gewinne, sondern von der Gefahr befreit werde, sie zu verlieren. Bigot bemerkte als Redner der Regierung im Corps législatif, nachdem er von dem ursprünglichen Verbote des römischen Rechts ge-

67) l. 32 §. 8 D. de donn. i.v.e.u.; Fragm. Vaticana §. 294.

sprochen hatte: „Cette défense absolue fut modifiée sous le regne d'Antonine, qui crut prévenir tous les inconveniens en donnant aux époux la faculté de révoquer les donations“. So heißt es denn auch im Art. 1096: „Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables“ [69]), und im Art. 1094: „L'époux *pourra*, soit par contrat de mariage, *soit pendant le mariage*, pour le cas, où il ne laisserait point d'enfans ni descendans, disposer en faveur de l'autre époux en propriété de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger et en outre etc.“ [70]). Auch wenn der Art. 1096 sagt: „les donations ne seront point révoquées par la survenance d'enfans“, so liegt diesem Ausspruche offenbar die Ansicht zu Grunde, daß die Schenkung zwischen Ehegatten ebenso existire, wie jede andere Schenkung, die durch die survenance d'enfans ihre Existenz erst verliere.

Es ist also anzunehmen, daß die Schenkung zwischen Ehegatten im Sinne des C. N. wirklich rechtlichen Bestand habe, nur von dem Schenker revocirt werden könne [71]). Ein neuer

68) Disc. publ. IV. p. 318.

69) An und für sich wäre die Bezeichnung der Schenkung als einer revocablen kein Beweis, daß sie nicht absolut nichtig sei. S. das oben zu Art. 1560 Bemerkte. Aber hier lehren uns die Discussionen, daß die Revocabilität gerade im Gegensatze zu der absoluten Nichtigkeit gedacht sei.

70) Der Art. 1098 bezieht sich zwar nicht bloß auf die während der Ehe gemachten Schenkungen unter Lebenden, sondern auch auf die der biens à venir, d. h. Schenkungen auf Todesfall; aber doch auch auf jene. Wo wäre sonst die das Maaß für sie bestimmende Regel? Es läßt sich doch nicht annehmen, daß man dem Ehegatten erlaubt habe, dem andern Ehegatten auf Todesfall mehr zuzuwenden, als unter Lebenden. S. auch die Bemerkungen Bigot's im Corps législatif, disc. publ. IV. p. 318 - 320.

71) Zum Schutze dieses Revocationsrechts, „pour qu'on ne puisse argumenter de l'indivisibilité des dispositions d'un même acte“, wie

Fall der Anwendung der action en nullité ou en rescision ist aber damit schon deswegen [72]) nicht gefunden, weil dieses Revocationsrecht, da es in jedem Augenblicke neu entsteht [73]), einer Verjährung überhaupt nicht unterliegt.

Bigot im gesetzgebenden Körper, disc. publ. IV. p. 320, sich ausdrückt, ist im Art. 1097 noch vorgeschrieben, daß die Ehegatten sich nicht in einem und demselben Acte eine gegenseitige Schenkung machen können. Diese Bestimmung begründet wieder nicht eine relative, sondern eine absolute Nullität; der Art. 1097 will nicht sagen, daß die Ehegatten an eine solche Schenkung nicht gebunden seien, wenn ihnen daraus Schaden erwachse, d. h. wenn der Richter eine solche Untrennbarkeit annehmen und ihnen deswegen ihr Revocationsrecht absprechen sollte, sondern sie verbietet die gegenseitige Schenkung, damit ihnen ein solcher Schade nicht erwachsen könne.

72) „Schon deswegen". Denn wäre dieser Grund auch nicht vorhanden, so dürfte doch die Bestimmung des Art. 1304 darum nicht hierher bezogen werden, weil dieses Revocationsrecht nicht durch Klage geltend gemacht zu werden braucht. Die Redactoren haben das römische Recht wiedergeben wollen, im römischen Rechte aber reichte nuda voluntas zur Revocation der Schenkung hin. Und wenn auch der Grund, warum nach römischem Rechte nichts Anderes erforderlich war, nur in der Richtigkeit der Schenkung lag, so erkannten doch die Redactoren diesen Grund nicht, konnten also durch sein Wegfallen nicht bestimmt werden, an die Stelle der römischen Verfügung eine andere zu setzen.

73) Wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, wird dann die Schenkung caduc, d. h. nichtig, oder bleibt sie auch in der Hand seiner Erben gültig und nur der Revocation unterworfen? Daß sie caduc werde, ist zunächst möglich; denn nicht nur das römische Recht (l. 29. D. de mortis causa donn.), sondern auch der C. N. (Art. 1086), kennen Schenkungen auf den Todesfall, wodurch unmittelbar Eigenthum auf die Beschenkten übergeht. — Man könnte nun zunächst daraus eine Entscheidung herleiten wollen, daß der Art. 1096 alle während der Ehe gemachten Schenkungen für revocabel erklärt mit dem Zusatze „quoique qualifiées entre-vifs". Also, könnte man schließen, ist er der Ansicht, daß sie eigentlich Schenkungen auf den Todesfall seien. Jedoch wäre dieser Schluß voreilig. Denn der Art. 1096 sagt eben nicht: die Schenkungen während der Ehe, obgleich als Schenkungen unter Lebenden bezeichnet,

X.

Wie das Gesetz gewisse Rechtsgeschäfte, um die Verletzung von Interessen, welche es schützen will, unmöglich zu machen, ganz verbietet, so erlaubt es andere nur unter Anordnung von

---

sind Schenkungen auf den Todesfall; sondern er sagt: sie sind, obgleich als Schenkungen unter Lebenden bezeichnet, revocabel; und aus dem ganz bestimmten Sinne dieses letzteren Satzes muß der Sinn des mit „obgleich" eingeschobenen Satzes erklärt werden, nicht umgekehrt. Der Sinn desselben kann aber recht wohl sein: „obgleich sie für Schenkungen unter Lebenden und dadurch, gemäß der sonst für dieselben geltenden Regeln, für irrevocabel erklärt worden sind". — Einen andern Grund, warum die Worte des Art. 1096 »seront revocables« ausdehnend zu erklären seien, findet Duranton (XIX. n. 777) in dem Gegensatz, in welchen er ihn zu dem Art. 1092 bringt. Darin heißt es: »Toute donation entre-vifs de biens présens faite entre époux par contrat de mariage ne sera point censée faite sons la condition de survie du donataire«. Jedoch steht dieser Artikel nicht im Gegensatze zu dem weit von ihm entfernten Art. 1096, sondern zu dem unmittelbar auf ihn folgenden Art. 1093, worin für die im Heirathsvertrage gemachte Schenkung der biens à venir das Gegentheil vorgeschrieben wird, so daß auch im Art. 1092 der Nachdruck nicht auf die Worte »par contrat de mariage«, sondern auf die Worte »de biens présens« zu legen ist. Der Gegensatz ist derselbe, wie der zwischen Artikel 1081 und 1082. — Das also läßt sich nicht nachweisen, daß die specielle Bestimmung des Art. 1096 »seront revocables« den allgemeinen Sinn habe „sind Schenkungen auf Todesfall". Aber eine andere Frage ist, ob nicht aus der Revocabilität dieser Schenkungen folge, daß sie auf den Erben des Beschenkten nicht übergehen, und diese Frage muß allerdings bejaht werden. Der C. N. sieht jede Schenkung, bei welcher dem Schenker das freie Revocationsrecht zusteht, als eine Schenkung des Nachlasses an, erklärt sie daher in den Formen der Schenkung unter Lebenden für unzulässig (Art. 943 - 946), sie erlaubend nur im Heirathsvertrage und zwischen Ehegatten. Ist eine solche Schenkung aber Schenkung des Nachlasses, so muß sie auch durch den früheren Tod des Schenkers caduc werden; für die Schenkungen im Heirathsvertrage ist dies außerdem ausdrücklich gesagt. Art. 1089.

Vorsichtsmaßregeln, welche ihm gegen eine solche Verletzung Garantie zu gewähren scheinen. Für den Fall, daß diese Anordnung nicht befolgt wird, erklärt es das Rechtsgeschäft für ungültig, wieder nicht insofern als, oder weil dadurch jene Interessen verletzt worden sind, sondern um jede Verletzung derselben unmöglich zu machen.

Als Vorsichtsmaßregel dieser Art ordnet das Recht vor Allem die Beobachtung einer gewissen Form der Willenserklärung an.

Zunächst gehört hierher, als von der zuletzt besprochenen Klasse von Verfügungen zu dieser unmittelbar überleitend, die Bestimmung des Art. 1443, daß die Auflösung der Gütergemeinschaft während bestehender Ehe nur durch richterliches Urtheil geschehen könne. Denn diese Bestimmung ist, nur in anderer Fassung, eine Anwendung der im vorigen §. besprochenen, daß die Ehegatten während bestehender Ehe durch Vertrag die Ordnung ihrer Vermögensverhältnisse nicht verändern können, wie es denn auch am Schlusse des Art. 1443 ausdrücklich heißt: „toute séparation volontaire est nulle“. Man darf daher nicht, sich darauf beziehend, daß ein richterliches Urtheil bei der Gütertrennung nur zum Besten Dritter verlangt werde, auch nur diesen das Recht zugestehen, die vertragsmäßige Separation anzufechten: sie ist überhaupt nichtig, für die Ehegatten sowohl, als jeden Dritten [74]).

---

74) Berlier als Redner der Regierung im Corps législatif: „Ce mot (séparation de biens) ne pouvait être prononcé, sans rappeller les fraudes, qui se sont trop souvent pratiquées à ce sujet; mais il n'était pas possible, de rejeter toutes les séparations de biens, par cequ'il y en a eu quelquefois de frauduleuses; de quelle institution n'a-t-on pas abusé?... Mais il est aussi du devoir du législateur, *de rendre la fraude plus difficile*, en appellant surtout la surveillance de ceux, qu'elle peut blesser“. Disc. publ. V. p. 291.

An diese Bestimmung schließt sich unmittelbar die des Art. 1394 an, daß der Heirathsvertrag durch authentischen Act abgeschlossen werden müsse. Auch der Grund dieser Verfügung ist wieder das Interesse Dritter, es soll dadurch verhütet werden, daß nicht die Ehegatten einen in fraudem derselben während der Ehe geschlossenen Vertrag durch Antidation zur Gültigkeit erheben können. Aber eben auch um dieses zu verhüten, erklärt das Gesetz den vor der Ehe durch Urkunde unter Privatunterschrift geschlossenen Vertrag für ungültig[75]; es gibt also nicht etwa bloß Dritten, denen er entgegengesetzt wird, das Recht, ihn als während der Ehe abgeschlossen, also als nichtig zu behandeln, sondern erklärt, daß er überhaupt nicht, für Niemanden, existire.

Vor der Ehe kann der Heirathsvertrag abgeändert werden. Für eine solche Abänderung ist aber außer der Authenticität des Actes als fernere Vorsichtsmaßregel zur Verhütung der Beeinträchtigung Dritter noch die Zuziehung derjenigen, welche bei dem ursprünglichen Vertrage mit contrahirt haben, vorgeschrieben (Art. 1396 §. 2). Gerade sie sind es, deren Beeinträchtigung verhütet werden soll, aber auch wirklich verhütet werden soll, weshalb die Unterlassung der Zuziehung derselben den Vertrag nicht bloß für sie, sondern auch für die Contrahenten und jeden Anderen nichtig macht[76].

75) „Ces dispositions (die des Art. 1394 und die der Art. 1395 und 1396) ..ont eu pour objet d'empêcher.. des fraudes envers les tiers, telles que celles, dont le passé n'a offert que trop d'exemples". Berlier l. c. p. 285.

76) S. die in der vorigen Note citirte Aeußerung Berlier's, sodann, was derselbe im Staatsrathe gesagt hat: „Qui ne sent la corrélation et l'indivisibilité, qui existent en cette matière? Le mari reçoit 20,000 fr. d'une personne, qui peut-être ne les eût pas donnés, si pareil avantage n'avait été faite à la femme par une autre personne: si c'était permis de manquer ou de modifier cette dernière disposition, sans que l'auteur de la première fût

Wenn aus den Bestimmungen, daß die Frau ohne Beistand des ihr zugegebenen conseil keine Vormundschaftshandlung, und daß der Vormund ohne Beobachtung gewisser Formen für den Minderjährigen bestimmte Rechtsgeschäfte nicht vornehmen könne, eine absolute Nichtigkeit hergeleitet werden muß, so können dieselben auch hierher gestellt werden; denn der Grund, warum dann das Gesetz diese Handlungen als Handlungen eines zur Vertretung nicht Berechtigten und demgemäß als absolut nichtig ansähe, würde doch immer das Interesse des Mündels sein.

XI.

Der C. N. enthält noch eine Reihe von anderen Vorschriften, wodurch für gewisse Rechtsgeschäfte bestimmte Formen verlangt werden, ohne daß aus ihrer Nichtbeobachtung eine bloß relative Nullität entstände.

Dahin gehört zunächst die Vorschrift, daß die Schenkung durch authentischen Act errichtet werden müsse (Art. 931, 932, 933, 1969). Man kann zwar wohl sagen, daß diese Verfügung das Interesse des Schenkers oder seiner Erben zu schützen berufen sei, und sich für letzteres namentlich auf die Art. 1339 und 1340 berufen[77]: aber bei dem ganz allgemeinen Ausdrucke des Gesetzes: „tous actes portant dona-

---

présent, ne serait-ce pas souvent une fraude envers lui"? Dazu kommt ein Schluß a contrario aus dem Art. 1397, welcher für die Veränderung des Heirathsvertrages noch eine andere Form, ebenfalls nur im Interesse Dritter verlangt, von ihr aber ausdrücklich sagt, daß auf ihren Mangel auch nur diese Dritte sich berufen können. S. S. 123. —

Die Jurisprudenz ist in Beziehung auf die hier genannten Rechtsgeschäfte nicht abweichender Meinung.

77) S. Abhandlung V. §. 5.

tion entre-vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats et il en restera minute, sous peine de nullité“, darf man sich um so weniger zu der Annahme berechtigt halten, daß es diese Rücksicht auf den Schenker und seine Erben nun auch zum unmittelbaren Grunde seiner Verfügung gemacht habe, als Bigot diesen Grund in etwas ganz Anderem findet, der Sicherung des Beweises nämlich [78]).

Von derselben Art, wie die Vorschriften über die Form der Schenkungen, sind die über die Form der Testamente (Art. 967—1001), und die sich daran schließenden, wornach jede Verfügung über den Nachlaß auch nur in der Form des Testaments, nicht in der der Schenkung unter Lebenden gemacht werden darf (Art. 893, 943—948, 1076, 1389, 1837).

Ebenfalls als bloß die Sicherheit des Beweises bezweckend muß auch die Vorschrift angesehen werden, daß Hypotheken nur durch authentischen Act errichtet werden können (Art. 2127, vergl. 2128); wenigstens liegt dieser Grund der Verfügung nahe und von einem andern findet sich in den Discussionen keine Spur. Auch Art. 1257 f., wodurch die Formen des offre réel bestimmt werden, sind hierher zu zählen.

In anderen Fällen werden Förmlichkeiten in einem Sinne vorgeschrieben, daß man als Folge der Nichtbeobachtung derselben Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts überhaupt nicht, sondern nur eine Nichtwirksamkeit desselben für gewisse Perso-

78) Bigot im Corps législatif: „On n'admet comme légalement constatés les actes portant donation entre-vifs que quand ils sont passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats. La minute doit rester entre les mains du notaire; elle ne doit être délivrée ni au donateur ni au donataire. La donation entre-vifs est un acte, par lequel celui, qui l'accepte, s'engage à en remplir les conditions, il ne doit être au pouvoir ni de l'une ni de l'autre des parties, de l'anéantir en supprimant l'acte, qui en contient la preuve“. Disc. publ. IV. p. 291.

nen annehmen darf. Es sind dies diejenigen Fälle, in welchen das Gesetz Formen deswegen verlangt, damit dadurch das Rechtsgeschäft zur Kenntniß Dritter, welche es interessirt, gebracht werde. Das Recht hat hier an dem Inhalte des Rechtsgeschäfts nicht die mindeste Ausstellung zu machen, es sieht in ihm weder eine nicht zu duldende Verletzung Dritter, noch fürchtet es dieselbe; es fürchtet nur, daß wenn Dritte es nicht kennen, sie Handlungen vornehmen mögen, wodurch sie Nachtheil erleiden, und welche sie nicht vorgenommen haben würden, wenn sie es gekannt hätten. Dagegen will es sie schützen, und diesen Schutz gewährt es ihnen dadurch, daß es ihnen das Recht gibt, das nicht in bestimmter Weise veröffentlichte Rechtsgeschäft als für sie nicht existirend zu betrachten. Im Uebrigen, zwischen den Partheien, hat das Rechtsgeschäft volle Wirkung, und fährt selbst dann fort, sie zu haben, wenn diese Dritte sich darauf berufen haben, daß es für sie nicht existire. Eine Ungültigkeit liegt also hier, wie gesagt, überhaupt nicht vor; also kann auch von einer Klage zu ihrer Geltendmachung und deren Verjährung keine Rede sein.

Dahin gehört zunächst, um mit dem schon mehrfach behandelten Heirathsvertrage wieder zu beginnen, die Vorschrift des Art. 1397: „Tous changemens et contre-lettres même revêtues des formes prescrites par l'article précédent seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage". Im Folgenden wird dann noch hinzugefügt, daß der Notar keine Ausfertigung des Heirathsvertrages, ohne die Abänderung mitaufzunehmen, ausliefern dürfe. Der Wirkung der contre-lettre zwischen den Partheien steht die Nichtbeachtung dieser Form nicht entgegen. — Uebrigens ist die Vorschrift dieses Artikels nur eine besondere Anwendung der allgemeinen des

Art. 1321: „Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, elles n'ont point d'effet contre les tiers“ [79]).

Ferner ist hierher der Art. 939 zu zählen, welcher bei der Schenkung einer hypothekfähigen Sache Transscription der Erwerburkunde verlangt. Der Art. 941 bestimmt ausdrücklich, daß sich auf die nicht geschehene Transscription der Schenker nicht berufen könne, und eben so wenig ist dieses Recht seinen Erben zu gestatten [80]). — Und in derselben Weise

---

79) Ich glaube aber, daß man diesen Satz im Allgemeinen so beschränken darf, wie es für einen speziellen Fall der Art. 1397 thut. Denn das kann nicht mehr contre-lettre genannt werden, was zum integrirenden Bestandtheil des ursprünglichen Vertrags erhoben worden ist. Zwar scheinen die Discussionen dagegen zu sprechen; denn die Gesetzgebungssection des Tribunats hat zum Art. 1321 die Bemerkung gemacht: „Terminer cet article en ajoutant: Sauf les exceptions exprimées. par l'art. X. du chapitre premier du titre du contrat de mariage (- Art. 1397 des C. N). Par ce moyen on sera averti de l'exception et du lieu, où elle se trouve“ (disc. part. V. p. 164), und Bigot hat im gesetzgebenden Körper in Bezug auf diesen Artikel gesagt: „Il n' y a exception que pour les cas exprimés au titre du contrat de mariage“. (disc. publ. V. p. 83). Jedoch braucht beiden Stellen nicht der Sinn gegeben werden: mit Ausnahme der Fälle, wo einem Heirathsvertrage eine Abänderung in der Weise, wie sie der Titel vom Heirathsvertrage näher bezeichnet, hinzugefügt worden ist; Bigot und das Tribunat können auch haben sagen wollen: mit Ausnahme der Fälle, wo einem Vertrage eine Abänderung in der Weise hinzugefügt worden ist, wie dies für den Heirathsvertrag der von demselben handelnde Titel vorschreibt. Ist diese Interpretation aber möglich, so ist sie vorzuziehen, da die gegentheilige sich mit der Natur der Sache in Widerspruch setzen würde.

80) Die Transscription vertritt hier die Stelle der auch im älteren französischen Rechte erforderlichen Insinuation. Nach dem Systeme der Gesetzgebungssection des Staatsrathes war sie übrigens keineswegs bloß bei Schenkungen, sondern in derselben Weise bei jedem andern acte translatif de propriété nothwendig, um ihm gegen Dritte Wirksamkeit zu geben. Doch war dieses System von

schreibt der Art. 1070 vor, daß der Mangel der Transscription der durch die Art. 1048 und 1049 erlaubten Substitutionen durch die Gläubiger und dritten Erwerber geltend gemacht werden könne.

Von derselben Art ist die Vorschrift, daß, wie alle, so auch die vertragsmäßigen Hypotheken der Inscription bedürfen. Art. 2134: „Entre les créanciers l'hypothèque soit

---

dem Staatsrathe noch nicht adoptirt worden, und die Discussion darüber sollte erst bei der Berathung des Titels des privilèges et hypothèques eröffnet werden; weswegen auch die Section dem Art. 1141, bei welchem die Frage ebenfalls zur Sprache kam, eine der Entscheidung nicht vorgreifende Form gegeben hatte. Anders im Art. 939; und troß dem, daß bei der Staatsrathsberathung ausdrücklich verlangt wurde, daß der Entscheidung auch hier nicht präjudicirt werde, wurde der Art. 939 angenommen, mit dem Vorbehalte jedoch, daß wenn künftig Transscription der Erwerburkunde im Allgemeinen für nicht nöthig erachtet werden sollte, derselbe reformirt und an die Stelle der Transscription wieder die Insinuation gesetzt werden solle. Disc. part. IV. p. 258 s. Als nun bei der Berathung des Titels über das Pfandrecht jenes System der Gesetzgebungssection zur Sprache kam, wurde es hauptsächlich aus dem eigenthümlichen Grunde bekämpft, daß in Folge desselben derjenige, welcher von einem Nichteigenthümer gekauft habe, durch die Transscription Eigenthümer werden könne.(!) Da es aber der Section leicht war, die Unbegründetheit dieses Einwurfs zu zeigen, faßte der Staatsrath bloß den Beschluß: die vorgelegten Artikel sollten einer neuen Redaction zu dem Ende unterworfen werden, damit der Satz, daß der von einem Nichteigenthümer Erwerbende durch die Transscription nicht Eigenthümer werde, deutlicher hervortrete; das Princip derselben also adoptirte er. Disc. part. VII. p. 223 s. Nichtsdestoweniger findet sich im C. N. der dieses Princip sanctionirende Artikel ganz beseitigt. Der Art. 939 wurde aber deswegen doch nicht reformirt, und so steht er als seltsamer Ueberrest eines im Uebrigen, man darf wohl sagen abhanden gekommenen Systems da. Nur der Code de procédure enthält wieder (Art. 834) den Satz, daß der Erwerber eines Grundstücks sich gegen die von seinem autor später bestellten Hypotheken nur durch Transscription des Erwerbtitels sichern könne.

légale, soit judiciaire, soit conventionelle n'a de rang, que du jour de l'inscription". Art. 2166. „Les créanciers ayant privilége ou hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent en quelque mains qu'il passe.." [81]). Von den vorher genannten Fällen unterscheidet sich aber dieser dadurch, daß die Bestellung der Hypothek nur gegen Dritte zu wirken bestimmt ist, da nach dem C. N. der Hypothekargläubiger dem Schuldner gegenüber kein anderes Recht hat, als der chirographarische, so daß von der Wirksamkeit des Geschäfts, wenn es gegen Dritte keine Kraft hat, nichts übrig bleibt. Deswegen drückt sich auch der Art. 2075, indem er verfügen will, daß das Privilegium dessen, welchem eine bewegliche unkörperliche Sache zum Faustpfand gegeben sei, gegen Dritte nicht schon durch die bloße Hingabe des Titels, sondern erst durch die Anzeige der Verpfändung wirksam werde, so aus: „Le privilège ne *s'établit*, que..."

In gleicher Weise verhält es sich mit der Bestimmung, daß einer Erbschaft nur durch Erklärung auf der Gerichtsschreiberei desjenigen Gerichts, in dessen Bezirk die Erbschaft eröffnet worden ist, entsagt werden könne (Art. 784). Die Entsagung auf die Erbschaft, als einseitiges Rechtsgeschäft, ist nur bestimmt, gegen Dritte Wirkung zu haben; da ihr diese Wirksamkeit, sobald jene Form nicht beobachtet worden ist, im Interesse Dritter entzogen wird, so bleibt alsdann von ihr nichts mehr übrig. Uebrigens gehört der Art. 784 doch nur insofern hierher, als er im Interesse der Gläubiger der Erbschaft verfügt, daß sie die nicht in gehöriger Form geschehene Erklärung ignoriren dürfen. Seinen andern Zweck,

---

81) Damit die Inscription ihren Zweck erreichen könne, ist vorgeschrieben, daß die Hypothekbestellung ohne genaue Bezeichnung der Schuld und des zu hypothecirenden Grundstücks ungültig sei. Art. 2129, 2132.

dem nachfolgenden Erben von dem ihm anerfallenen Rechte Kenntniß zu verschaffen [82]), kann er natürlich durch eine entsprechende Vorschrift (Ertheilung der Erlaubniß, die formlose Erklärung zu ignoriren) nicht erreichen; er erreicht sie dadurch, daß er den Erben, welcher die gehörige Form nicht beobachtet, durch die Nichtigkeit seiner Erklärung straft.

Dasselbe Interesse, wie an der Entsagung, haben die Gläubiger an der Erklärung des Schuldners, daß er cum beneficio inventarii antreten wolle. Daher für diese dieselbe Form vorgeschrieben ist. Art. 793, (1447, 1461, 1566).

Außerdem sind noch die Vorschriften der Art. 1445 und 1690 hierher zu zählen, und endlich in diesem Zusammenhange auch die Verfügungen der Art. 808 und 1242, und des Art. 1250 n. 2 aufzuführen. Zwar erfordern die letzteren für die Rechtsgeschäfte, von welchen sie reden, keine Form; aber auch sie erklären dieselben unter gewissen Voraussetzungen nicht für ungültig, sondern für unwirksam gegen Dritte. Das verfügen die Art. 808 nud 1242 für Zahlungen, wenn sie gegen den Widerspruch der Gläubiger des Gläubigers geschehen sind. Diese haben dann das Recht, die Zahlung als nicht geschehen zu betrachten, den Schuldner ihres Schuldners zu behandeln, als habe er noch nicht gezahlt; aber auf das Verhältniß zwischen demjenigen, der gezahlt hat, und seinem Gläubiger hat das keinen Einfluß, zwischen ihnen bleibt die geschehene Zahlung mit voller Gültigkeit bestehen. — Der Art. 1250 macht in Num. 2 die Gültigkeit der Subrogation, wodurch ein Schuldner denjenigen, welcher ihm Geld zur Be-

82) Treilhard als Redner der Regierung im Corps législatif: „Une rénonciation appelle d'autres héritiers, elle intéresse aussi les créanciers de la succession; un acte de cette nature doit être nécessairement public, il sera fait au greffe...“ Disc. publ. IV. p. 166.

friedigung seines Gläubigers geliehen hat, in die Rechte dieses Gläubigers einsetzt, davon abhängig, daß durch authentischen Act sowohl das Darleihen des Geldes zum Zweck der Befriedigung dieses Gläubigers, als die wirkliche Befriedigung desselben mit dem geliehenen Gelde bewiesen werde. Der Artikel sagt: „Il faut pour que cette subrogation soit valable, que..." Aber gültig ist sie auch ohne die Beobachtung jener Formen; es ist zulässig, daß der Schuldner, welcher von Jemandem Geld zur Befriedigung seines Gläubigers empfängt, denselben in die Rechte dieses mit jenem Gelde befriedigten Gläubigers subrogire (Art. 1250. n. 2 in pr); Dritte, der spätere Pfandgläubiger, der Bürge, haben kein Recht, sich darüber zu beschweren. Aber auch nur denjenigen, der ihm zu seinem Zwecke Geld geliehen hat und dessen Geld er zur Erreichung desselben wirklich verwendet hat, kann er subrogiren, und zum Beweise dieser Thatsachen dürfen nach der Vorschrift des Art. 1250 jene Dritte die Vorlage der zwei genannten authentischen Urkunden verlangen. Können diese nicht vorgelegt werden, so brauchen sie die Subrogation nicht anzuerkennen, so ist sie gegen sie nicht wirksam; aber sie ist an und für sich vorhanden und wirkt zwischen den Contrahenten, so daß nun der Darleiher nicht bloß aus dem Darlehn Gläubiger ist, sondern auch aus der Subrogation. Nur ist es gerade diese ihre Wirksamkeit nicht, welche beabsichtigt worden ist, da dadurch der Darleiher kein neues Recht erlangt, und insofern sie in dieser Weise ihren eigentlichen Zweck wirklich nicht erreicht, nennt der C. N. sie non valable[83]).

---

83) Bigot im Corps législatif: „Mais si la subrogation dans les hypothèques ou priviléges du créancier est un moyen, qu'on donne au débiteur pour trouver un créancier moins rigoureux, au moins faut-il, pour que des tiers, ayant des hypothèques ou des priviléges posterieurs, ne puissent se plaindre, qu'il

XI.

In welchen Fällen ist denn eine relative, nur von bestimmten Personen geltend zu machende Ungültigkeit wirklich anzunehmen?

An einer solchen Ungültigkeit leiden zunächst diejenigen Rechtsgeschäfte, gegen welche das projet, dem älteren Rechte folgend, Restitution gab. Von ihnen aber kann hier nicht die Rede sein, da der Zweck dieser Untersuchung eben ist, die Fälle der relativen Ungültigkeit, gegen welche die Restitution nach dem projet das zutreffende Rechtsmittel nicht war, der eigentlichen relativen Nichtigkeit desselben zu bestimmen.

Eine solche nun ist zuvörderst vorhanden in zwei Fällen, in welchen die Anwendbarkeit der action en nullité ou en rescision schon oben durch die Betrachtung des Art. 1304 sicher gestellt wurde, in den Fällen, wo ein Interdicirter, oder eine verheirathete Frau ohne Consens ihres Ehegatten gehandelt haben. Der Art. 1124, welcher die „incapables de contracter" aufzählt, nennt diese Personen neben den Minderjährigen, und der Art. 1125 sagt ausdrücklich, daß sich auf die Ungültigkeit der von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte der andere Contrahent nicht berufen könne. Es ist anzunehmen, daß es hauptsächlich diese Fälle sind, an welche die Redactoren bei ihrer action tendant à faire déclarer nul un contrat gedacht haben.

Der Art. 1124 zählt aber zu den Handlungsunfähigen außer dem Minderjährigen, dem Interdicirten und der verheiratheten Frau noch „généralement tous ceux, à qui la loi a interdit certains contrats". Zwar könnte man geneigt

---

soit certain, que la somme a été empruntée pour le paiement, et qu'elle y a été employée". Disc. publ. V. p. 58.

sein, die Nullität dieser von jenen Personen vorgenommenen certains contrats für eine relative nicht zu halten, da der Art. 1125 auch nur von den Verträgen der Minderjährigen, Interdicirten und verheiratheten Frauen, nicht aber von jenen Contracten sagt, daß sich auf ihre Ungültigkeit der andere Contrahent nicht berufen könne. Doch zeigen die Discussionen, daß dieser Schluß a contrario das Richtige nicht trifft, vielmehr eine Nachlässigkeit in der Redaction des Art. 1125 anzunehmen ist. Denn als im Staatsrathe verlangt wurde, daß die ohne Autorisation der Regierung abgeschlossenen Verträge der Gemeinden, welche nach einer daselbst gemachten Bemerkung zu jenen Personen, „à qui la loi a interdit certains contrats", gehören, für radicalement nuls erklärt würden, damit auch die Regierung sich auf die Ungültigkeit derselben berufen könne, antwortete Tronchet, daß die Bestimmung, welche dem anderen Contrahenten das Recht, ihre Ungültigkeit geltend zu machen, entziehe, die Regierung nicht ausschließe, und daß die Folge der geforderten Bestimmung sein würde, daß auch ein der Gemeinde vortheilhafter Vertrag nicht aufrecht erhalten werden könnte[84].

Zu jenen Personen nun, „à qui la loi a interdit certains contrats", sind außer den Gemeinden zu rechnen:

1) Die ihnen in dem Erforderniße der Autorisation der Regierung zu ihren Rechtsgeschäften gleichgestellten établissemens d'utilité publique[85]. Vergl. Art. 537 und 2045, in

84) Disc. part. V. p. 15.

85) Bigot im Corps législatif: „Enfin on a compris dans une expression générale l'incapacité de tous ceux, auxquels la loi interdit certains contrats; tels sont ceux, qui peuvent être défendus aux administrateurs des communes, des hospices etc. C'est l'objet des lois particulières, susceptibles de variations, et qui par ce motif ne doivent point faire partie du Code civil". Disc. publ. V. p. 13.

welchem letzteren Artikel ausdrücklich gesagt wird, daß Gemeinden und öffentliche Anstalten ohne Genehmigung des Landesherrn keinen Vergleich abschließen können. — Jedoch ist eine relative Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte dieser Personen nur dann anzunehmen, wenn dieselben onerös sind; wenn aber der C. N. vorschreibt, daß sie ohne Genehmigung der Regierung auch nicht durch freigebige Verfügungen erwerben können (Art. 910, 937), so ist diese Vorschrift im öffentlichen Interesse, damit nicht zu große Vermögensmassen in der todten Hand aufgehäuft werden, gegeben, und daher die Ungültigkeit eines solchen Erwerbes, als absolute, von der Durchführung der action en nullité ou en rescision nicht abhängig zu machen.

2) Die wegen nicht vollständigen Wahnsinns oder wegen Prodigalität partiell Interdicirten. Uebrigens ist oben schon aus anderen Gründen nachgewiesen worden, daß die Ungültigkeit der ihnen ohne Zuziehung ihres conseil verbotenen Rechtsgeschäfte mit der Klage des Art. 1304 geltend gemacht werden müsse.

3) Die Ehefrau und der Ehemann, was die Veräußerung des praedium dotale, und der Ehemann, was die Verpachtung der Grundstücke der Frau über 9 Jahre hinaus angeht, zufolge des oben geführten Beweises.

Diese Fälle sind sicher; ein vierter ist unsicher. Der Art. 472 schreibt vor: „Tout traité, qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte detaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte, dix jours aux moins avant le traité". Diese Nullität ist offenbar nur im Interesse des Minderjährigen vorgeschrieben. „Il était à craindre", sagt Duranton sehr gut[86]), „que trop occupé du desir, de jouir

au plus tôt de ses biens par lui-même et d'avoir ses titres en sa possession, le mineur devenu majeur ne se prêtât facilement à traiter avec son tuteur sur la gestion de celui-ci et ne sacrifiât ainsi aveuglement une partie de ses droits: la loi l'a voulu protéger même au-delà de sa minorité". Es fragt sich aber, ob nicht das Gesetz den Schutz des eben großjährig Gewordenen, den es allerdings bezweckte, demselben in jener durchgreifenderen Weise habe verleihen wollen, wovon oben im §. 8 geredet worden ist, durch die Bestimmung, daß der Vertrag überhaupt nicht zur Existenz gelangen solle. Will man gegen eine solche Annahme geltend machen, daß der C. N., wo er einem Rechtsgeschäfte zum Schutze gewisser Personen alle Existenz entziehe, in der Regel dem Contrahenten, von welchem er fürchtet, den Erwerb aus diesem Rechtsgeschäft verbiete, oder dieses selbst im Allgemeinen für unzulässig erkläre, während er sich hier mit der unbestimmteren Verfügung „le traité sera nul" begnüge: so ist darauf zu antworten, daß jenes auch nur die Regel sei, in anderen Artikeln aber, welche zweifellos eine absolute Nichtigkeit verhängen, die Verfügung eben so unbestimmt laute[87]. Mit mehr Grund wird man sich

86) III. n. 636.

87) Zwar heißt es im Art. 909: »Les docteurs en medicine... ne peuvent pas profiter des dispositions...«; im Art. 1596: Ne peuvent se rendre adjudicataires sous peine de nullité... les tuteurs...«; im Art. 1597: »Les juges ne peuvent devenir cessionaires...«; im Art. 1595: »Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux«; im Art. 1395: »Elles (les conventions matrimoniales) ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage«. Aber in den Art. 1394 und 1396 ist die Verfügung eben so unbestimmt. Art. 1394. »Toutes conventions matrimoniales seront redigées avant le mariage par acte devant notaire«. Art. 1396. »Les changemens, qui y sont faits avant le mariage, doivent être constatés etc. Nul changement ou contre-lettre n'est au surplus valable sans la présence etc«.

darauf berufen können, daß der C. N. nur in solchen Fällen einem Rechtsgeschäfte zum Schutze gewisser Personen alle Existenz entziehe, in welchen er für diese Personen von Dritten, nicht aber in solchen, in welchen er für sie aus ihrem eigenen Leichtsinne fürchte, und daß im vorliegenden Falle das Gesetz viel mehr durch die Besorgniß vor der Unbesonnenheit des eben großjährig Gewordenen, als durch die Furcht vor einem vom Vormunde auszuübenden widerrechtlichen Einflusse bestimmt worden sei. Für dieses Letztere spricht namentlich dasjenige was Bigot im Corps législatif über den §. 2 des Art. 907, wodurch dem gewesenen Mündel verboten wird, dem Vormunde vor der Rechnungsablage zu schenken, gesagt hat. „On n'a pas voulu", lauten seine Worte (disc. publ. IV. p. 268), „que les tuteurs puissent concevoir l'espérance, qu'au moyen des dispositions, qu'ils obtiendraient de leurs mineurs parvenus à la majorité, ils pourraient se dispenser du compte définitif de tutelle. Tous les droits de la minorité continuent même au profit du majeur contre celui, qui a été son tuteur, jusqu'à ce que les comptes soient rendus et apurés, et l'expérience a prouvé, qu'il était nécessaire d'interdire au mineur devenu majeur la faculté de renoncer à ce compte. Cette règle serait facilement éludée, si des donations entre-vifs ou testamentaires acquittaient le tuteur et rendraient les comptes inutiles". Bigot scheint mir hier zu sagen: der großjährig gewordenene Mündel hat bis zur Rechnungsablage seinem Vormunde gegenüber die Rechte des Minderjährigen und als solcher nicht die Fähigkeit (faculté), denselben der Rechnungsablage zu entbinden; er kann die Entsagung auf dieselbe als Minderjähriger angreifen. Davon, daß hier schon das Gesetz den bestimmenden Einfluß des mit der Rechnungsablage zögernden Vormundes fürchte, ist nicht die Rede. Auf diesem Standpunkte steht es erst, indem es die Schenkung des gewesenen

Mündels an den Vormund verbietet, es fürchtet, daß dadurch derselbe jene Vorschrift, welche seine Entbindung von der Rechnungsablage untersagt, eludiren möge. Es verbietet die Schenkung, damit der Vormund auch nicht die Hoffnung fassen könne, eine solche von dem gewesenen Mündel zu erlangen, um ihn auch von jedem Versuche dazu abzuhalten.

Hiernach möchte ich die Ansicht aussprechen, daß auch die Nullität des Art. 472 nur eine relative sei[88]), obgleich ich gerne zugeben will, daß durch die angeführten Gründe noch nicht alle Zweifel gehoben sind. Ist sie aber eine relative, so muß sie auch durch Klage geltend gemacht werden, wie die zum Besten des Minderjährigen verfügte, welchem der gewesene Mündel hier gleichgestellt wird, und diese Klage ist also die action en nullité ou en rescision[89]).

---

88) Dieser Meinung sind auch Duranton (III. n. 639), Boileux (zu Art. 472) und Zachariae (I. §. 116 zu Note 15), und so entschied auch der Hof von Montpellier am 20. Januar 1830 (S. XXX. 2. 121); der von Paris sprach am 15. December desselben Jahres (S. XXXI. 2. 83) sogar den Gläubigern des Minderjährigen das Recht ab, sich auf die Richtigkeit des Vertrags zu berufen.

89) Daß die Klage des Minderjährigen in 10 Jahren verjähre, lehrt auch Merlin (Rép. s. v. rescision n. 6, transaction §. 5 n. 10, Qu. de droit s. v. tutelle sect. 5 §. 2 n. 3). Im älteren Rechte war das sehr bestritten. — Die Frage ist nur, von welchem Zeitpunkte an die Verjährung dieser Klage laufe. Der Art. 475 des C. N. schreibt vor, daß jede „action du mineur contre son tuteur relativement aux faits de la tutelle“ in 10 Jahren, von der erreichten Großjährigkeit an gerechnet, verjähre, und die Jurisprudenz des C. N. ist sehr geneigt, die Klage aus dem Art. 472 ebenfalls dieser Bestimmung zu unterwerfen. So ist entschieden in den Urtheilen des Cassationshofes vom 26. Juli 1819 (S. XX. 1. 43) und vom 14. November 1820 (S. XXI. 1. 370), und des Appelhofes von Douai vom 26. November 1841 (S. XLII. 2. 453). Derselben Meinung ist Maleville (zu Art. 475), der jedoch hinzufügt, daß er sie nicht mit Bestimmtheit auszuspre-

XII.

Nur relativ ist auch die Ungültigkeit der freigebigen Verfügungen, welche den Vorbehalt der De- und Ascendenten des Verfügenden verletzen. Das Recht, verletzende Schenkungen unter Lebenden anzufechten, beschränkt der Art. 921 ausdrücklich auf die Vorbehaltserben, und entzieht es namentlich den Gläubigern des Verstorbenen, denjenigen Personen, welche das nächste Interesse an der Ungültigkeit der Disposition haben[90]. Und wenn der C. N. nicht dasselbe auch von den testamentarischen Dispositionen verfügt, so will er damit auch nur sagen, daß die Gläubiger der Erbschaft allerdings das Recht haben, dieselben als nichtig zu behandeln, insofern von einer testamentarischen Verfügung nur unter der Voraussetzung die Rede sein könne, daß sich nach Befriedigung der Gläubiger noch etwas in der Erbschaft vorfinde; er will keineswegs damit sagen, daß wenn sich die Vorbehaltserben

---

chen wage. Auch Zachariae (I. §. 122 zu Note 13) theilt sie, indem er behauptet, daß die mit erreichter Großjährigkeit beginnende Verjährung der Klage auf Rechnungsablage durch einen mit dem Vormunde abgeschlossenen Vergleich nicht unterbrochen werde. Ich halte diese Meinung für unrichtig. Die Klage gegen den ohne Beobachtung des Art. 475 abgeschlossenen Vertrag ist so wenig eine action relative aux faits de la tutelle, daß vielmehr jede derartige Klage durch diesen Vertrag ganz ausgeschlossen wird; nach demselben ist der Vormund nicht mehr aus der Vormundschaft, sondern aus dem Vertrage Schuldner. Eine action relative aux faits de la tutelle entsteht erst dann wieder, wenn der Vertrag umgestoßen ist; von diesem Augenblicke an läuft die Verjährung des Art. 472, die mit erreichter Großjährigkeit begonnen hat, fort.

90) Ja es ist, allerdings nach langen Discussionen, der Satz angenommen worden, daß diese Personen nicht einmal auf dasjenige Anspruch machen können, was der Vorbehaltserbe durch Geltendmachung seines Anfechtungsrechtes erlangt hat.

der Ausbezahlung eines Legats nicht widersetzen, Dritte sich darauf berufen können, daß es den Pflichttheil verletze [91]).

Die Klage aber, womit der Vorbehaltserbe die Ungültigkeit der seinen Vorbehalt verletzenden Schenkung durchführen und das zuviel Geschenkte zurückfordern muß, — für die Legate gelten andere Grundsätze, sie werden als non debita nicht ausgezahlt, — ist meiner Ansicht nach nicht die action en nullité ou en rescision, d. h. sie verjährt nicht in 10 sondern in 30 Jahren. Und zwar deswegen, weil die ältere Jurisprudenz gegen eine den Vorbehalt verletzende Schenkung weder Restitution ertheilte, noch ihre Ungültigkeit als relative Nullität bezeichnete. Letztere nahm sie nicht an, weil sie im römischen Recht nicht Nichtigkeit inofficiöser Schenkung verfügt fand, Restitution gab sie nicht dagegen, weil das römische Recht das eben so wenig that. Sie hat mit demselben die Klage gegen inofficiöse Schenkungen als eine besondere angesehen und mit der Klage gegen inofficiöse Testamente zusammengestellt. Domat z. B. zählt die Verletzung des

91) Eigenthümlicherweise spricht der Art. 921 auch den Donataren und Legataren die Befugniß ab, den Vorbehalt gegen eine Schenkung geltend zu machen. Aber Donatare können an der Umstoßung einer Schenkung nur insofern Interesse haben, als dieselbe älter ist, als die ihrige, — und nach Art. 923 soll die jüngere Schenkung immer vor der älteren angegriffen werden. Und Legate werden nach der Bestimmung desselben Artikels immer vor den Schenkungen angegriffen; wie können also Legatare jemals Interesse daran haben, den Vorbehalt des Erben gegen eine Schenkung geltend zu machen? — Was die testamentarischen Verfügungen angeht, so können die Donatare verlangen, daß die Legate vor den Schenkungen, und die Legatare, daß alle Legate pro rata angegriffen werden (Art. 923, 926). Aber alles dieses Können oder Nichtkönnen ist nur die Folge der Regeln über die Art, wie die Reduction geschehen soll, wenn sie nach dem Willen der Erben eintritt, nicht Folge der Befugniß, deren Rechte geltend zu machen, wenn sie es nicht wollen.

Pflichttheils nicht zu den „vices des conventions“; dagegen in der Lehre „du testament inofficieux et de l'exhérédation“ sagt er: „On pouvait aussi faire une semblable plainte (wie die querela inofficiosi testamenti) contre les donations et les dots excessives“ [92]). Deswegen spricht auch der C. N. in dieser Lehre nie von der nullité oder anulation der Schenkung, sondern von einer Reduction derselben, und nennt die Klage des Vorbehaltserben nicht action en rescision, sondern action en reduction, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob wirklich nur ein Theil der Schenkung oder die ganze durch diese Klage umgestoßen werde [93]).

Auch eine andere Ungültigkeit ist von dem römischen Rechte weder als Restitutionsgrund, noch als Nichtigkeit behandelt worden, die Ungültigkeit der von einem Schuldner in fraudem creditorum gemachten Veräußerungen, auf welche Ungültigkeit sich nur diese Gläubiger berufen können. Deswegen hält auch Domat [94]) die actio Paulliana so wenig für eine Klage, wodurch ein „vice de convention“ geltend gemacht werde, daß er sie aus einem Quasivertrag entstehen läßt. — Aber die spätere Jurisprudenz sah in der Beeinträchtigung der Gläubiger allerdings einen Grund der nul-

---

92) II. liv. 3 tit. 2 préamb.

93) Man muß jedoch zugestehen, daß im Art. 2013 die wirkliche, und zwar absolute, Nichtigkeit einer das gesetzliche Maaß überschreitenden Obligation mit dem Ausdrucke „reductible“ bezeichnet wird. Vergl. Pothier Obl. n. 376.

Der Satz, daß die action en reduction erst in 30 Jahren verjähre, scheint in der französischen Jurisprudenz nicht bestritten zu sein. Doch kann er auf Beweise, wie den von Duranton (VIII. n. 378) beigebrachten, daß die action en reduction „une sorte d'action sine causa, comme celle, que l'on intente contre quelqu'un, qui a reçu ce qu'il ne devait pas recevoir“ sei, nicht gestützt werden. Zachariae (IV. §. 686 zu Note 1) gibt gar keine Gründe an.

94) I. liv. 1. tit. 2. 10.

lité [95]), und ihr folgend thut der C. N. es ebenfalls. Im Art. 2146 sagt er: (Les inscriptions) „ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai, pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls". Der C. N. deutet hier einen Satz an, welcher im Code de commerce näher ausgeführt ist, nämlich den, daß anzunehmen sei, der zahlungsunfähige Kaufmann habe in den letzten zehn Tagen vor Ausbruch des Fallissements von seiner Insolvenz bereits gewußt, und daß also, wenn er innerhalb dieser zehn Tage eine Hypothek bestelle, oder etwas titulo gratuito veräußere, nicht erst bewiesen zu werden brauche, daß er das in fraudem creditorum gethan habe, während bei onerösen Veräußerungen der Richter erst prüfen müsse, inwiefern dabei dem Schuldner die Absicht, seine Gläubiger zu beeinträchtigen, zur Last falle. Der Grund der Ungültigkeit der in den letzten zehn Tagen vorgenommenen Rechtsgeschäfte, der Grund, weshalb sie, wie der Art. 2146 sagt, „sont déclarés nuls", ist also immer fraus facta creditoribus [96]). Ebenso verfügt der

---

95) Merlin Rép. s. v. créanciers n. 3: „Tous les actes des debiteurs, qui tendent à frauder leurs créanciers, sont nuls par eux-mêmes".

96) Vergl. Art. 443 — 447 des Code de commerce. Oneröse Veräußerungen „sont susceptibles d'être annulés sur la demande des créanciers, s'ils paraissent aux juges porter des caractères de fraude", während die Veräußerungen titulo gratuito „sont nuls et sans effet relativement à la masse des créanciers". Daß hier von dem Gegensatze zwischen Nichtigsein und Nichtiggemachtwerden nicht die Rede sei, ist schon oben nachgewiesen worden. — Noch mehr scheint an eine absolute Nullität gedacht werden zu müssen, wenn es von der Hypothek heißt: „Nul ne peut acquérir privilége ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours..." Aber zwischen der Hypothekbestellung und den übrigen Rechtsgeschäften besteht der Unterschied, daß, wer die Hypothek nicht gegen die übrigen Gläubiger erwirbt, den Zweck seines Geschäfts ganz verfehlt, so daß der Code de commerce keine Veranlassung

Art. 271, daß, wenn der Mann nach Insinuation der Ordonnanz, wodurch ihm Kenntniß von der gegen ihn erhobenen Ehescheidungsklage gegeben wird, die Gütergemeinschaft mit Schulden beschwere oder ihre Immobilien veräußere, eine solche obligation und aliénation „sera déclaré *nulle*, s'il est prouvé d'ailleurs, qu'elle ait été faite ou contractée *en fraude* des droits de la femme".

Darnach zweifle ich nicht, daß die Redactoren die Klage des Art. 1167 [97]) als eine Nullitätsklage aufgefaßt haben, und daß wir sie daher als action en nullité ou en rescision zu behandeln und der zehnjährigen Verjährung des Art. 1304 zu unterwerfen haben. Für die 30jährige Verjährung beruft man sich darauf [98]), daß die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts hier nicht im Interesse einer Parthei oder ihrer Stellvertreter vorgeschrieben sei. Aber es ist noch erst nachzuweisen, daß die action en nullité ou en rescision auf solche Ungültigkeiten zu beschränken sei, wofür ich keinen Grund sehe [98]).

Uebrigens enthält der genannte Art. 271 die Ausdehnung der actio Paulliana auf eine Person, welche nicht Gläubigerin ist. Sodann gibt der C. N. die Klage, abweichend vom römischen Rechte, auch gegen Nichterwerb (Art. 788), wogegen er sie gegen Erbtheilung nur dann gestattet, wenn zu derselben ohne die Gläubiger, trotz ihres Verlangens, zugezogen zu werden, geschritten worden ist (Art. 882).

---

fand, hier, wie bei den Schenkungen hinzuzusetzen „relativement à la masse des créanciers".

97) „Ils (les créanciers) peuvent aussi en leur nom personel attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits".

98) Zachariae (II. §. 313 Note 10, §. 337 zu Note 5) und die Urtheile der Appelhöfe von Paris vom 11. Juli 1829 (S. XXX. 2. 16), von Toulouse vom 15. Januar 1834 (S. XXXIV. 2. 298) und von Riom vom 3. August 1840 (S. XLI. 2. 16). Der hier

XIII.

Hiermit sind aber auch die Gründe, aus welchen ein Rechtsgeschäft nach dem C. N. ungültig sein kann, vollständig abgehandelt, und die Untersuchung über die Ausdehnung der action en nullité ou en rescision ist daher hier zu beschließen. Diejenigen Fälle, in welchen ein von Anfang an gültiges, vom Rechte in keiner Weise mißbilligtes Rechtsgeschäft in Folge einer Selbstbeschränkung des Willens[99]) oder auch abgesehen davon durch ein später eintretendes, ein wesentliches Erforderniß seines Bestandes nicht hinwegnehmendes Ereigniß seine Kraft verliert, gehören einem ganz anderen Gebiete an. Uebrigens kehrt bei ihnen derselbe Gegensatz wieder, welcher sich bei der Ungültigkeit zeigte. Durch das später eintretende Ereigniß wird das Rechtsgeschäft entweder de plein droit unwirksam, wie z. B. die Schenkung durch liberi supervenientes oder jeder Vertrag durch Eintreten der Resolutivbedingung, oder es muß erst durch Klage umgestoßen werden, wie z. B. die Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten oder der zweiseitige Vertrag wegen Nichterfüllung von einer Seite (Art. 956, 1183, 960, 1184)[100]).

---

vertheidigten Ansicht sind Duranton (XX. n. 585), Delvincourt (zu Art. 1167), Vazeille (n. 534) und ein Urtheil des Appelhofes von Colmar vom 17. Februar 1830 (S. XXXI. 2. 86). Toullier (VI. n. 356) will mit dem älteren Rechte die Dauer der Klage in das Ermessen des Richters stellen.

99) Zu den Selbstbeschränkungen des Willens gehört auch die Voraussetzung. Auf die Lehre von der Voraussetzung ist die Lehre des C. N. von der cause zurückzuführen, deren Mangel er als Grund der Nichtigkeit der Obligationen betrachtet. Darin hat es seinen Grund, daß diese Lehre, obgleich einer richtigen Auffassung nach nicht in die Lehre von der Ungültigkeit gehörig, unten in der 8. Abhandlung näher erörtert wird.

100) Der C. N. spricht in diesen Fällen von einer résolution oder

Blicken wir auf die hier angestellte Untersuchung über die Natur der einzelnen vom C. N. verfügten Ungültigkeiten zurück, so zeigt sich, daß sie uns nur geringe Ausbeute für die action en nullité ou en rescision gewährt hat. Es sind wenige Fälle ihrer Anwendbarkeit gefunden worden, in welchen dieselbe nicht schon aus anderen Gründen sicher war. Doch war es ohne eine solche Untersuchung nicht möglich, die Grenzen dieser Klage mit Sicherheit zu bestimmen. Duranton[101]) und Troplong[102]) begnügen sich damit, zu sagen, daß die Klage überall da Platz greife, wo ein heilbarer Mangel vorliege; in gleicher Weise sagt Boileux[103]): „L'acte est annulable, lorsqu'il est entaché d'un vice, qui se peut couvrir par la ratification expresse ou tacite". Aber das ist keine Antwort, sondern nur eine Wiederholung der Frage in anderer Form; Niemand gibt an, welche vices von dieser Art seien. Duranton zählt unter anderen auch die Formfehler dahin. Doch ist er dazu wohl weniger durch die Betrachtung der Natur derselben, als durch die Art. 1338 und 1339 veranlaßt worden, welche allerdings zu beweisen scheinen, daß alle Formfehler mit der action en nullité ou en rescision geltend gemacht werden müssen. Denn wenn der Art. 1338 die Bestätigung nur bei derjenigen obligation für zulässig erklärt, „contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision", dar-

---

resiliation oder auch, wie bei der Schenkung, von einer révocation. Vergl. noch Art. 1610, 1622, 2636, 1638, 1654, 1656, 1658, 1722, 1724, 1729, 1741, 1742, 1794, 1867, 1869, 1871, 1977.

101) XII. n. 523.

102) Vente n. 249.

103) II. p. 652. Vergl. Bazeille n. 546.

auf der Art. 1339 bestimmt: „le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation nulle en sa forme", so scheint daraus geschlossen werden zu müssen, daß der Formfehler einer Schenkung und somit jeder Formfehler mit der action en nullité ou en rescision angegriffen werden müsse. Allein die Geschichte der Entstehung des Art. 1338 zeigt, daß dieser Schluß nicht gemacht werden dürfe. Der Art. 1338 erkannte ursprünglich, wie schon in der vorigen Abhandlung bemerkt wurde, die Bestätigung auch bei absolut nichtigen Rechtsgeschäften an, und auf diesen Theil seiner Bestimmung bezog sich die beschränkende Verfügung des Art. 1339. Daß durch die Veränderung, welche man auf den Antrag der Gesetzgebungssection des Tribunats mit ihm vorgenommen hat, das Verhältniß des Art. 1339 zu ihm ein falsches wurde, hat man nicht gesehen.

IV.

Die Voraussetzungen und die Wirkungen der action en nullité ou en rescision.

I.

Die nächste Voraussetzung der action en nullité ou en rescision ist das Vorhandensein einer der Thatsachen, durch welche sie gemäß der vorigen Abhandlung begründet wird. Es fragt sich aber ferner, ob der Kläger genug gethan habe, wenn er das Vorhandensein einer dieser Thatsachen nachgewiesen hat, oder ob er außerdem noch nachweisen müsse, daß er durch das Rechtsgeschäft, welches er anficht, Schaden erlitten habe. Der Grund, diese Frage aufzuwerfen, liegt in dem Verhältnisse der action en nullité ou en rescision zu der in integrum restitutio des römischen Rechts, welche ohne den Nachweis erlittener Läsion nie ertheilt wurde. Bei näherer Betrachtung dieses Verhältnisses zeigt sich aber sogleich, daß sich nur ein Bestandtheil der action en nullité ou en rescision, die action en restitution des projet, auf die römische in integrum restitutio gründet, und daß daher für alle jetzt unter dieselbe gehörigen Fälle, in welchen nach der Ansicht der Redactoren die action tendant à fair déclarer nul un contrat angestellt werden mußte, kein Grund vorliegt, vom Kläger den

Nachweis einer Läsion zu verlangen. Denn wenn auch diese Klage mit der Restitutionsklage verschmolzen worden ist, so wurde sie doch dadurch nur in ihren Wirkungen mit derselben identificirt; ihre Voraussetzungen hat sie in die neue Gestalt, welche sie durch diese Verschmelzung angenommen hat, mit hinüber genommen. Jene Frage kann daher nur für die Fälle aufgeworfen werden, wo ein Rechtsgeschäft wegen Zwangs, Betrugs, Irrthums, oder wegen Minderjährigkeit angefochten wird. Was den fünften Restitutionsfall des projet, die Läsion Großjähriger angeht, so ist für diesen die Frage schon durch sich selbst beantwortet. Eben so einfach beantwortet sie sich aber für den Fall der Minderjährigkeit, da das Gesetz für diesen Läsion als Voraussetzung der Anfechtung des Rechtsgeschäfts ausdrücklich bezeichnet (Art. 1305) [1]. Es bleiben also nur Zwang, Betrug, Irrthum übrig.

Was nun diese betrifft, so bietet sich als nächste Quelle der Entscheidung der Umstand dar, daß der C. N. bei ihnen von Läsion nicht spricht, wohl aber bei der Minderjährigkeit. Nachdem er im Art. 1304 von der Dauer der action en nullité ou en rescision und von der Verschiedenheit des Anfangspunktes ihrer Verjährung nach der Verschiedenheit ihrer Fälle gehandelt hat, fährt er im Art. 1305 so fort: „La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions, et en faveur du mineur émancipé contre toutes conventions, qui excèdent les bornes de sa capacité“. Untersuchen wir, was aus dieser Verfügung für diejenigen Fälle der action en nullité ou en rescision zu schließen ist, in welchen dieselbe auf eine der übrigen im Art. 1304 genannten Thatsachen gegründet wird. Der nächstliegende Gedanke ist der, der C. N., voraussetzend, daß bei dieser Klage der Beweis der Läsion immer erbracht werden müsse, habe durch

1) Vergl. auch die sogleich folgende Ausführung.

den Art. 1305 bestimmen wollen, daß der Minderjährige eine andere Art der Läsion nachzuweisen habe, als der Gezwungene, Betrogene u. s. w., eine einfache Läsion („la simple lésion“), jene hingegen eine besonders qualificirte. Jedoch muß dieser Gedanke sogleich wieder aufgegeben werden. Denn, wenn wir auch davon absehen wollen, daß nicht einleuchtet, welche besondere Qualification der Läsion denn der C. N. in jenen anderen Fällen verlangen könnte, so befinden sich doch unter denselben auch die der Interdiction und des mangelnden eheherrlichen Consenses, in welchen, wie so eben gezeigt wurde, Beweis der Läsion überhaupt nicht erforderlich ist. Es muß daher dasjenige, was der Art. 1305 abweisen will, etwas Anderes sein, wie die gleiche Behandlung der übrigen Rescissionsfälle, und da bleibt nur die Annahme übrig, daß er, voraussetzend, daß der Minderjährige eine Läsion beweisen müsse, der allenfalls geltend zu machenden irrigen Meinung habe entgegentreten wollen, als müsse diese Läsion eine besonders qualificirte sein. Bei dieser Erklärung ist freilich eben so wenig ersichtlich, welche besondere Qualification der Läsion der C. N. im Auge gehabt habe; allein eine andere bleibt, wie gesagt, nicht übrig. Dann aber ist aus dem Art. 1305 a contrario zu schließen, daß in den übrigen im Art. 1304 genannten Rescissionsfällen, namentlich also auch bei der Rescission wegen Zwangs, Betrugs, Irrthums, der Beweis einer Läsion nicht erforderlich sei.

Diese Argumentation fällt jedoch zusammen, sobald man diejenige Gestalt beachtet, welche die Art. 1304 und 1305 im projet haben, und ich habe sie nur deswegen in ihrer ganzen Vollständigkeit gegeben, weil an diesem Falle sich recht deutlich zeigt, wie wenig man bei der Interpretation des C. N. auf Sicherheit der Resultate rechnen kann, wenn man nur auf seine gegenwärtige Gestalt, nicht auch auf die

Phasen Rücksicht nimmt, durch welche hindurch er sich zu dieser Gestalt entwickelt hat.

Das projet, nachdem es in den Art. 193 und 194 des 2. Titels 3. Buchs von der verschiedenen Dauer der action tendant à faire déclarer nul un contrat und der action en restitution gesprochen hat, fährt so fort:

Art. 195. L'erreur, la violence et le dol ne donnent lieu qu'à une simple action en restitution.

Art. 196. La simple lésion donne lieu à la restitution en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions.

A l'égard des majeurs elle ne donne lieu à restitution que dans les actes de vente d'immeubles et dans les partages.

Der jetzige Art. 1305 des C. N. (= Art. 196 des projet) stand also ursprünglich im Gegensatze nicht zu dem jetzigen Art. 1304, sondern zum Art. 195 des projet. Dieser Artikel ist nun zwar wegen der Verschmelzung der action tendant à faire déclarer nul un contrat und der action en restitution unterdrückt worden; aber der Sinn des ihm folgenden Artikels hat dadurch nicht geändert werden sollen. Daher dürfen und müssen wir bei der Interpretation des letzteren von der Voraussetzung ausgehen, daß ihm jener unterdrückte Artikel noch fortwährend gegenüberstehe. — Ferner hatte auch der Art. 1305 selbst im projet eine andere Gestalt. Er sprach in demselben nicht von der Restitution M i n d e r j ä h r i g e r wegen Läsion, sondern von der Restitution, welche sowohl Minderjährige als Großjährige wegen Läsion verlangen können. Er behandelte also als Rescissionsgrund nicht Minderjährigkeit, sondern Läsion, und er konnte das, weil in dem ihm vorhergehenden Artikel von Minderjährigkeit noch nicht die Rede gewesen war. Der zweite Theil des Art. 196 ist nun zwar ebenfalls gestrichen worden, weil man der Discussion über die Restitution Großjähriger wegen Lä-

sion nicht vorgreifen wollte, aber deswegen ist dem stehengebliebenen Theile desselben um so weniger ein anderer Sinn beizulegen, als jene Restitution Großjähriger dennoch später anerkannt und im Art. 1313 ausdrücklich sanctionirt worden ist.

Hiernach aber ist diejenige Interpretation des Art. 1305, welche sich uns soeben als die nächstliegende ergab, aber abgewiesen werden mußte, allerdings möglich. Wir können jetzt seinen Sinn so bestimmen: die bloße Läsion gibt dem Minderjährigen das Recht auf Restitution, sie braucht nicht eine besonders qualificirte zu sein, wie in den vorher genannten Fällen. Denn einmal werden wir dadurch zu der Annahme nicht genöthigt, daß auch in den Fällen der Interdiction und des mangelnden eheherrlichen Consenses eine Läsion nachzuweisen sei, da diese Fälle vorher nicht mit genannt sind. Sodann aber können wir jetzt auch angeben, welche besondere Qualification der Läsion denn in diesen vorher genannten Fällen — unter der Voraussetzung, daß der Art. 1305 wirklich den angegebenen Sinn habe — erfordert werde. Es wird in ihnen eben erfordert, daß die Läsion ihren Grund in Zwang, Betrug, Irrthum habe. Auch diese Erklärung war uns früher unmöglich, und zwar aus einem doppelten Grunde. Zuerst wären wir damit zu dem Resultate gelangt, daß auch der Interdicirte und die verheirathete Frau eine durch Zwang, Betrug oder Irrthum hervorgerufene Läsion nachzuweisen habe; denn im Art. 1304, zu welchem wir den Art. 1305 in Gegensatz bringen mußten, sind auch diese genannt. Und zweitens, da in demselben auch Minderjährigkeit als Rescissionsgrund aufgeführt ist, wir aber in dem Art. 1305 eine nähere Bestimmung der Restitution wegen Minderjährigkeit erkennen mußten, hätte sich uns als Sinn dieses letzteren folgender ergeben: die Minderjährigkeit ist Restitutionsgrund, wenn nur sie Läsion hervorgerufen hat, diese Läsion braucht

ihren Grund nicht in Zwang, Betrug, Irrthum zu haben; mit anderen Worten also: die Minderjährigkeit ist Rescissionsgrund, wenn auch kein anderer Rescissionsgrund mit vorhanden ist. Während uns jetzt der Art. 1305 von einer Thatsache, welche wir als Rescissionsgrund noch nicht kennen, von der nicht durch Zwang, Betrug, Irrthum hervorgerufenen Läsion sagt, daß sie dann Rescissionsgrund werde, wenn sie einen Minderjährigen, oder einen Großjährigen bei Verkauf und Erbtheilung, betroffen habe.

Nun aber ist zu bemerken, daß die hier gegebene Erklärung des Art. 1305 bei den Voraussetzungen, auf welche uns unsere historische Betrachtung geführt hat, wenn auch möglich, ja die nächstliegende, doch nicht die einzig mögliche ist. Es ist nicht nothwendig, anzunehmen, daß der Art. 1305 sagen wolle: wenn die Läsion auch nicht durch Zwang, Betrug, Irrthum hervorgerufen worden ist, so gibt sie dennoch dem Minderjährigen das Recht, Rescission zu verlangen; mit andern Worten, es ist nicht nothwendig anzunehmen, daß er voraussetze, Zwang, Betrug, Irrthum seien nur insofern Rescissionsgründe, als sie eine Läsion bewirkt hätten. Zwar stellt sich bei dieser Annahme das Verhältniß des Art. 1305 zu dem ihm vorhergehenden als ein besonders enges, der Gedankengang des Gesetzgebers als ein besonders geschlossener heraus. Aber möglicherweise kann derselbe doch auch nur das haben sagen wollen: die bloße Thatsache der Läsion gibt dem Minderjährigen und in gewissen Fällen dem Großjährigen in derselben Weise das Recht auf Restitution, wie Zwang, Betrug, Irrthum dem Gezwungenen, Betrogenen, Irrenden. — Auch diese Erklärung war uns oben nicht möglich, so lange wir in dem Art. 1305 eine nähere Bestimmung der Restitution wegen Minderjährigkeit finden und davon ausgehen mußten, daß dieselbe im Vorhergehenden als Rescissionsgrund bereits bezeichnet worden sei.

Welcher Erklärung ist nun der Vorzug zu geben?

Ich glaube, daß Folgendes entscheiden muß. Die ältere Jurisprudenz hat der näheren Bestimmung der Wirkung von Zwang, Betrug, Irrthum den Satz, daß sie Restitutionsgründe seien, nicht zu Grunde gelegt, sondern ohne Rücksicht darauf die Vorschriften, welche das römische Recht darüber an Stellen gibt, wo es sie als solche nicht behandelt, copirt. So schöpfte sie die Lehre von Zwang und Betrug aus den Titeln quod metus causa und de dolo malo, und glaubte in denselben keine Veranlassung zu finden, die Klagen aus diesen Thatsachen von dem Beweise erlittenen Schadens abhängig zu machen. Bei der Klage aus dem Irrthume fand sie dieselbe wirklich nicht; denn den Irrthum, worauf es hier ankommt, behandelt das römische Recht als Nichtigkeitsgrund [2]). Dagegen entnahm sie ihre Lehre von der Minderjährigkeit aus dem Titel de minoribus und gelangte so zu dem Satze, daß der Minderjährige in allen Fällen Läsion nachweisen müsse, wenn er seine Rechtsgeschäfte angreifen wolle [3]). Da nun im Zweifel anzunehmen ist, daß der C. N. die Ansichten der Jurisprudenz, aus welcher er entstanden ist, theile, diese Ansichten sich aber durch eine ungezwungene Interpretation in ihm wiederfinden lassen, so ist die Behauptung gerechtfertigt, daß auch er wegen Zwangs, Betrugs, Irrthums Rescission, ohne Nachweis erlittener Läsion zu verlangen, gewähre. —

2) Domat definirt zwar in der allgemeinen Lehre von der Restitution die »restitution ou rescision« als ein »bénéfice, que les loix accordent à celuy, qui a été lésé dans quelque acte, où il ait été partie« (I. liv. 1 tit. 6 sect. 1 n. 1); in der Lehre von der »rescision pour les majeurs« aber sagt er: »Les vices des conventions sont autant de causes de rescision, dont les majeurs peuvent se servir pour être relevez des actes, où – nun heißt es nicht »ils se trouvent lésés«, sondern – »il se rencontre quelqu'un de ces vices« (ib. sect. 3 n. 1). Argou nennt (II. p. 482 s.) als Rescissionsgründe zuerst Zwang, dann Irrthum, dann Betrug, und endlich Minderjährigkeit »quand elle est accompagnée de lésion«.

3) Davon noch näher in der 6. Abhandlung.

Die hier gefundenen Resultate werden von der Jurisprudenz nicht bezweifelt.

II.

Die Frage nach der Wirkung der action en nullité ou en rescision zerfällt wieder in zwei Fragen. Zuerst ist zu untersuchen, welche Wirkung diese Klage habe, wenn sie gegen den anderen Contrahenten angestellt wird, sodann, ob sie auch gegen Drittbesitzer zulässig sei. Die erste dieser Fragen wird in diesem, die zweite im folgenden §. behandelt werden.

Die Rescissionsklage ist eine Klage, wodurch eine dem Rechtsgeschäfte, welches durch sie angefochten wird, von Anfang an anklebende Ungültigkeit geltend gemacht wird. Folglich muß die Wirkung ihrer Durchführung auch die sein, daß dadurch das Rechtsgeschäft von Anfang an umgestoßen wird, daß es nach der Rescission keinen Zeitraum mehr gibt, in welchem dasselbe bestanden hätte. Es werden daher durch sie alle Veräußerungen, welche mit der durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft übertragenen Sache vorgenommen worden sind, vernichtet, und es müssen mit derselben alle Früchte, nicht bloß die nach der Rescission gezogenen, herausgegeben werden[4].

Diese Wirkung kommt der Rescissionsklage nicht bloß kraft ihres Begriffes zu, sie wurde ihr auch von der älteren Jurisprudenz wirklich beigelegt. „Si la rescision ou restitution est ordonnée", sagt Domat[5]), „les choses seront remises de la part de celuy, qui est relevé, au même état, où elles auraient dû être, si l'acte, qui est annullé par la

4) Alle Früchte, – so weit die Regel des Art. 549, daß der Besitzer in gutem Glauben die Früchte zu den seinigen mache, nicht entgegensteht.

5) I. liv. 4 tit. 6 sect. 1 n. 10.

rescision, n'avoit pas été fait. Mais comme il rentre dans ses droits et recouvre ce qui doit luy être rendu, soit en principal ou intérêts et fruits, s'il y en a lieu, il doit aussi de sa part remettre à sa partie ce qui pouvoit être tourné à son profit, de sorte qu'il ne profite de la rescision que le simple effet de rentrer dans ses droits, sa partie rentrant aussi dans les siens". Was bei Merlin[6]) kürzer so ausgedrückt wird: „L'effet de la rescision est, que les deux parties sont remises au même état, qu'elles étaient avant l'acte". Sehr deutlich tritt diese Auffassung der Rescissionsklage in der Einstimmigkeit hervor, womit die ältere Jurisprudenz lehrte[7]), daß nach Rescission des Kaufvertrages der Gutsherr die davon empfangene Abgabe („lods et ventes") herausgeben müsse; — welcher Satz ja nur eine Anwendung des allgemeinen Satzes ist, das die Rescission den Vertrag auch für die vor ihr liegende Zeit vernichte.

Trotz dem aber, daß diese Ansicht der Rescissionsklage der Natur der Sache gemäß ist und von der älteren Jurisprudenz getheilt wurde, dürfen wir sie als die Ansicht des C. N. nicht eher aussprechen, bis das Gegengewicht, welches hier der Art. 1682 in die Wagschale zu legen scheint, beseitigt ist.

Der Art. 1682 schreibt vor, daß bei der Rescission des Verkaufs eines Grundstücks wegen Läsion über 7/12 der Ankäufer die Früchte desselben erst vom Tage der angestellten Klage an[8]) herauszugeben verpflichtet, dagegen auch erst von demselben Tage an die Zinsen des gezahlten Kaufgeldes zu

---

6) Rép. s. v. rescision §. 3.
7) S. Toullier VII. n. 533.
8) Worauf nach allgemeinen Grundsätzen die Wirkung der Rescission zurück bezogen wird.

fordern berechtigt sei[9]). Auf Grund dieses Artikels ist die doppelte Frage aufzuwerfen:

1) Ist in dem, was bei der Rescission des Verkaufs wegen laesio enormis über die Restitution der Früchte bestimmt ist, nur eine einzelne Anwendung des allgemeinen Satzes zu erkennen, daß diese Rescission den Kaufvertrag erst von der Zeit der angestellten Klage an vernichte, oder ist die Geltung dieses allgemeinen Satzes aus jener Bestimmung nicht zu folgern?

2) Ist das für die Rescission des Kaufvertrages wegen Läsion Geltende auch auf die übrigen Rescissionsfälle zu übertragen?

Die practische Bedeutung der ersten Frage tritt hervor, wenn man sie so stellt: wird das Eigenthum des Käufers durch eine resolutio ex nunc oder durch eine resolutio ex tunc beendigt, d. h. bleiben die der Anstellung der Klage vorhergehenden Veräußerungen in Kraft, oder kehrt das Grundstück so in das Eigenthum des Verkäufers zurück, wie es aus demselben hinausgegangen ist? Nach der Beantwortung dieser Frage kann aber nur so lange überhaupt gefragt werden, als man sie, wie das allerdings die Weise der neufranzösischen Jurisprudenz ist, nur für Belastungen des verkauften Grundstücks mit iura in re aufstellt; sie ist in dem Augenblicke entschieden, in welchem man sie auf die Veräußerung überhaupt, möge das ganze Eigenthum oder mögen nur einzelne iura in re dadurch übertragen werden, bezieht. Denn von einem unter diesen allgemeinen Begriff der Veräußerung gehörenden Falle, demjenigen eben, wo das ganze Eigenthum übertragen worden ist, sagt der Art. 1681 §. 2 ausdrücklich, daß in ihm

9) Vom Tage der Zahlung an nur dann, wenn er keine Früchte bezogen hat.

der Verkäufer das veräußerte Recht nicht anzuerkennen brauche, also muß dasselbe auch für den andern ebendahin gehörigen Fall, die Uebertragung einzelner iura in re, gelten. Auch scheint das nie bestritten worden zu sein[10]).

Um so weniger Grund ist zu der Annahme vorhanden, daß in den übrigen Rescissionsfällen dieser Satz nicht gelte. — Aber muß nicht wenigstens das über die Restitution der Früchte bei der Rescission des Verkaufs wegen Läsion Bestimmte auf dieselben erstreckt werden? Auch das glaube ich nicht, und zwar aus folgenden Gründen. Einmal ist jene Bestimmung contra rationem iuris und darf schon deswegen nicht ausgedehnt werden. Sodann läßt sich, auch abgesehen von diesem allgemeinen Grunde, bestimmt nachweisen, daß die Redactoren sie als nur für diesen einen Rescissionsfall geltend angesehen haben. Denn sie haben in den Verfügungen über die Rescission des Kaufvertrages wegen Läsion das Recht der l. 2. C. de rescindenda venditione wiedergeben wollen. Die ältere Jurisprudenz stritt darüber, ob in Gemäßheit dieser lex alle, oder nur die nach angestellter Klage gezogenen Früchte herausgegeben werden müßten. Die Redactoren haben sich nach Pothier für die letztere Meinung erklärt. So wenig aber die Vertheidiger derselben sie als eine für alle Rescissionsfälle geltende aufgestellt haben[11]), so wenig darf dies von den Redactoren des C. N. behauptet werden.

10) Zachariae (II. §. 358 Note 12) führt als abweichender Meinung Maleville zu Art. 1682 an; in der 2. Ausgabe (1807) seines Commentars finde ich nichts davon.

11) Die Vertheidiger dieser Meinung leugneten nicht, daß die Rescission den Vertrag a principio nichtig mache; sie behaupteten nur, daß der Ankäufer die Rescission nicht habe voraus sehen können, und deswegen, als bonae fidei possessor, das Recht habe, die gezogenen Früchte zu behalten und mit den Zinsen des gezahlten Kaufgeldes zu compensiren. Deswegen ist auch Pothier geneigt, das Gegentheil anzunehmen, wenn das Mißverhältniß

Es ist also allerdings die Regel aufzustellen, daß der C. N. der Rescission die Wirkung beilege, das Rechtsgeschäft von allem Anfange an zu vernichten, und von dieser Regel bloß in Bezug auf die Restitution der Früchte bei der Rescission des Kaufvertrages wegen Läsion über 7/12 eine Ausnahme zuzustehen. Nur ist eben diese Ausnahme auch auf die übrigen Fälle der Rescission wegen Läsion Großjähriger, welche jenem Falle nur nachgebildet worden sind, zu erstrecken.

Was die Jurisprudenz des C. N. angeht, so finde ich nur bei Zachariae eine Aeußerung über diesen Punkt. Er will zwischen der action en nullité und der action en rescision unterscheiden; mit jener erlange der Kläger alle, mit dieser nur die nach angestellter Klage gezogenen Früchte zurück. Man sieht, das würde unrichtig sein, selbst wenn die Nullitäts- und die Rescissionsklage in ihren Wirkungen noch unterschieden werden dürften.

Der Vollständigkeit wegen sei hier noch bemerkt, daß der C. N. den bekannten Satz des römischen Rechts, wornach Minderjährige das aus einem durch Restitution aufgehobenen Rechtsgeschäfte Empfangene nur dann herauszugeben brauchen[12],

---

zwischen Kaufgeld und Werth der Sache gar zu augenfällig gewesen sei (Vente n. 357). Dem gegenüber ist, glaube ich, auf die oben mitgetheilte Aeußerung des Rebuffus, daß bei der Rescission eines Rechtsgeschäfts in Kraft von litterae regiae (also auch im Falle absoluter Nichtigkeit) der Beklagte nur auf Herausgabe der nach der litis contestatio gezogenen Früchte verurtheilt zu werden pflege, kein Gewicht zu legen; um so weniger, als gerade für einen Fall der eigentlichen Restitution die, von andern älteren Schriftstellern auch geltend gemachte, l. 27. §. 1. D. de minoribus das Gegentheil sagt.

12) Diese Bestimmung ist keine Ausnahme von der Regel, daß die Rescission das Rechtsgeschäft von allem Anfange aufhebe. Wenn der Minderjährige das Empfangene nicht heraus zu geben braucht, so braucht er das nicht, trotz dem, daß das Rechtsgeschäft angesehen wird, als habe es nie existirt.

wenn sie dadurch bereichert worden sind, auf Interdicirte und verheirathete Frauen ausgedehnt hat (Art. 1312).

III.

Kann die Rescissionsklage auch gegen den dritten Besitzer eines durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft veräußerten Grundstücks [13]) angestellt werden?

Die Natur der Sache spricht nicht für diese Ausdehnung ihrer Wirksamkeit. Denn da sie einen an und für sich bestehenden Vertrag angreift, scheint sie auch gegen den natürlichen Vertheidiger desselben gerichtet werden zu müssen, und das ist eben der andere Contrahent.

Von der anderen Seite sagt aber das Gesetzbuch ausdrücklich, daß die Rescissionsklage wegen Läsion beim Verkaufe auch gegen den dritten Besitzer gehe. Und wenn sich auch im vorigen §. herausgestellt hat, daß ein Schluß von diesem Falle der Rescissionsklage auf die übrigen Fälle derselben keine Garantie der Sicherheit darbiete, so ist er doch hier deswegen nicht verwerflich, weil das Gesetzbuch jene Vorschrift nicht in einer besonderen Verfügung als eine besondere für die Rescission des Kaufvertrages wegen Läsion gibt, sondern in einer Verfügung anderen Inhalts ihre Geltung für dieselbe, also ihre allgemeine Geltung, als sich von selbst verstehend, behandelt. Im §. 1 des Art. 1681 heißt es, daß der Ankäufer die Wahl habe, entweder das Grundstück wiederzugeben, oder den Kaufpreis zu ergänzen; dann fährt der §. 2 fort: „Le tiers possesseur a le même droit".

Dazu kommt zweitens, daß die ältere Jurisprudenz die Zulässigkeit der Klage gegen Dritte nicht bezweifelt hat. „Lorsqu'il y a lieu de rescision" sagt Domat unter der

13) Bei beweglichen Sachen kann die Frage wegen der Regel „en fait de meubles possession vaut titre" nicht aufgeworfen werden.

Ueberschrift: „Des rescisions et restitutions en général“ [14]), „elle a son effet non seulement contre les personnes, de qui le fait y a donné lieu, mais aussi contre ceux, qui les représentent, et les tiers possesseurs“. Und bei Merlin [15]) heißt es eben so allgemein: „La rescision produit son effet non seulement contre ceux, qui ont passé l'acte, mais aussi contre les tiers possesseurs“. Gestützt wurde dieser Satz, wie wir aus Domat lernen, auf das vom römischen Rechte im Titel der Digesten de minoribus für die Restitution Minderjähriger Vorgeschriebene, und auf die gleichfalls römische Bestimmung, daß die actio quod metus causa gegen Jeden angestellt werden könne, welcher aus dem erzwungenen Vertrage etwas habe, möge der Zwang von ihm oder einem Anderen ausgegangen sein. Aber nichtsdestoweniger wurde ihm allgemeine Geltung zugeschrieben, und namentlich nach der entgegengesetzten Bestimmung des römischen Rechts, daß wegen Betrugs nur der Betrüger, kein Dritter in Anspruch genommen werden dürfe, sucht man bei Domat vergebens. — Aber auch hier dürfen wir die Ansichten der älteren Jurisprudenz als die Ansichten der Redactoren des C. N. nicht eher bezeichnen, bis wir einen Gegengrund weggeräumt haben, der sich aus folgendem Sachverhältnisse zu ergeben scheint.

Das römische Recht lehrt, daß die actio quod metus causa begründet sei, möge der Beklagte gezwungen haben, oder irgend ein Dritter, wenn der Beklagte nur aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte etwas habe, die actio de dolo dagegen bloß dann, wenn der Beklagte betrogen habe. Bei Pothier aber, der unmittelbaren Quelle des C. N. in der Lehre von Zwang, Betrug, Irrthum, heißt es: die

14) I. liv. 4. tit. 6 sect. 1 n. 6.
15) Rép. s. v. rescision §. 3.

Klage aus dem Zwang ist begründet, mag der andere Contrahent gezwungen haben oder ein Dritter, die Klage aus dem Betruge dagegen nur, wenn der andere Contrahent betrogen hat [16]). Pothier setzt also an die Stelle des Beklagten den andern Contrahenten, glaubt aber, damit nichts Neues zu lehren, sondern nur die Lehre des römischen Rechts wiederzugeben. Dies erklärt sich allein durch die Annahme, daß ihm in Beziehung auf diese Klagen „Beklagter" und „anderer Contrahent" als identisch erschienen seien, mit anderen Worten, daß er der Meinung gewesen sei, beide Klagen gingen wesentlich gegen den anderen Contrahenten. Pothier's Bestimmung hat der C. N. copirt, indem er vorschreibt: Zwang macht den Vertrag nichtig, wenn er auch von einem Dritten, Betrug nur, wenn er von dem andern Contrahenten ausgegangen ist (Art. 1111, 1116). Da liegt nun die Frage nahe, ob man nicht annehmen müsse, daß der C. N. auch die Ansicht Pothier's getheilt habe, welche ihn zu jener Umwandlung der römischen Regel geführt hat? Aber einmal glaube ich das nicht, da diese Ansicht in der Regel selbst, welche Pothier aufstellt, keineswegs offen zu Tage tritt. Sodann aber würde, wenn auch jene Annahme gemacht werden müßte, daraus doch nur folgen, daß der C. N. der Meinung sei, die Klage aus Zwang und Betrug gehe wesentlich, nicht, sie gehe ausschließlich gegen den andern Contrahenten. Denn eine andere Ansicht brauchen wir auch bei Pothier nicht vorauszusetzen, um zu erklären, wie er zu jener Auffassung der römischen Regel gelangt ist. Er ist dabei stehen geblieben, daß die Rescissionsklage ihrem Wesen nach gegen den andern Contrahenten gehe, die Frage, ob sie gegen einen Dritten gar nicht angestellt werden könne, hat er sich nicht aufgeworfen.

16) Obligations n. 23. 32.

Der hier ausgesprochenen Ansicht ist auch Zachariae[17]), und in gleichem Sinne hat der Cassationshof am 28. Juni 1837 (S. XXXVII. 1. 780) entschieden. Toullier[18]), Duranton[19]) und Troplong[20]) dagegen sind der Meinung, daß im Principe gegen den Drittbesitzer erst geklagt werden könne, nachdem zuvor die Rescission des Vertrages gegen den anderen Contrahenten verfolgt worden sei, wenn freilich auch der Kläger die Befugniß habe, beide Klagen vereint anzubringen. Das heißt mit andern Worten: die Rescissionsklage ist gegen den Drittbesitzer nicht zulässig; denn daß er der rei vindicatio ausgesetzt bleibe, versteht sich von selbst.

---

17) II. §. 336 zu Note 10.
18) VII. n. 595.
19) X. n. 131. 158. 180, XII. n. 565.
20) Vente n. 804. Er handelt aber nur von der Rescission des Kaufvertrages wegen Läsion.

V.

Ueber die Heilung der Ungültigkeit.

I.

Die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts kann geheilt, das Recht, sich auf dieselbe zu berufen, kann verloren werden theils durch die Verjährung, d. h. den Ablauf der Zeit, innerhalb welcher das Gesetz die Geltendmachung derselben verlangt, theils durch die Bestätigung des ungültigen Rechtsgeschäfts.

Von der Verjährung des Rechts, sich auf die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts zu berufen, ist im Allgemeinen bereits geredet worden [1]. Es ist ausgeführt worden, daß die Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts durch keinen Zeitablauf ausgeschlossen werden könne, und daß die action en nullité ou en rescision, welche der C. N. der zehnjährigen Verjährung unterwirft, einen an und für sich bestehenden Vertrag voraussetze. Es ist aber damals auch nur von der Verjährung dieser Anfechtungsklage gehandelt worden; es bleibt hier noch die wichtige Frage zu beantworten

---

1) In der zweiten Abhandlung.

übrig, ob nach Verjährung derselben die Ungültigkeit, woraus sie entsteht, auch durch Einrede nicht mehr geltend gemacht werden könne.

II.

Nimmt die Verjährung der Anfechtungsklage auch das Recht, die Ungültigkeit, welche dieselbe erzeugte, durch Einrede geltend zu machen?

Der nächstliegende Fall, in welchem diese Frage zur Sprache kommen kann, ist der, wo durch das ungültige Rechtsgeschäft zum Nachtheile des dadurch Verletzten factisch nichts geändert worden ist, so daß er keine unmittelbare Veranlassung zur Klage hatte. Wenn er nun diese innerhalb zehn Jahren nach Abschluß des Rechtsgeschäfts nicht anstellt, dann aus demselben belangt wird, kann er seine Ungültigkeit noch immer excipiendo behaupten? — Dieser nächstliegende Fall ist aber nicht der einzige hierher gehörige; dieselbe Frage kann auch da zur Sprache kommen, wo in Folge des ungültigen Rechtsgeschäfts zwar eine Sache aus dem Besitze des dadurch Verletzten hinausgegangen, aber später, und zwar nach Verjährung der Anfechtungsklage, darin zurückgekehrt ist. Wenn sie nun vindicirt wird, kann dann der Beklagte die Ungültigkeit des vom Kläger angeführten Titels, den er durch Klage nicht mehr angreifen könnte, noch excipiendo behaupten?

Die Schriftsteller des C. N. haben nur den ersten dieser Fälle im Auge [2]. Mit wenigen Ausnahmen erklären sie sich

2) Einige sprechen zwar auch von dem zweiten, jedoch unter der Voraussetzung, daß der Beklagte den Besitz der streitigen Sache vor Verjährung der Anfechtungsklage wiedererlangt habe; wo also unsere Frage gar nicht aufgeworfen werden kann.

für die Fortdauer der Einrede, behaupten, daß auch für den C. N. die Maxime gelte: „Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum“ [3]). Prüfen wir ihre Gründe.

3) So Merlin (Rép. s. v. prescription s. II. §. 25), Perrin (p. 381), Delvincourt (II. p. 376 n. 5), Toullier (VII. n. 600), Troplong (Prescription n. 827-30), Vazeille (Prescriptions n. 1566), Boileux (II. p. 655), die Codes français annotés (zu Art. 1304 n. 7), Zachariae (IV. §. 771 Note 1), Stabel (§. 55). Was die Praxis angeht, so sind die Urtheile darüber einverstanden, daß auf die Maxime „quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum“ Jeder sich berufen könne, welcher im Besitze der Sache, um welche es sich handele, geblieben sei. So entschied der Cassationshof am 5. April 1837 (S. XXXVII. 1. 434) und am 13. August 1839 (S. XXXIX. 1. 913), obgleich der Fall, auf welchen dieses letztere Urtheil jene Maxime angewendet hat, von der Art war, daß darin auch von der Verjährung der Klage nicht die Rede sein konnte. (Ein Miterbe, der auf Herausgabe des Nachlasses belangt worden war, hatte der Klage ein Testament entgegengesetzt, wodurch er zum alleinigen Erben ernannt worden war; es wurde entschieden, daß der Berufung auf dieses Testament keine Verjährung entgegenstehe; denn „quae temporalia etc.“) Ferner entschied so der Appelhof von Bordeaux am 1. Juli 1830 (S. XXXI. 2. 75); in seinem Urtheile vom 6. April 1830 (S. XXXI. 2. 167) will derselbe sogar dem Nichtbesitzer das Recht, die Ungültigkeit des seiner Klage entgegengesetzten Titels excipiendo zu behaupten, erst von dem Tage an verjähren lassen, wo er erfahren habe, daß der Gegner in Kraft eines solchen Titels besitze. Nur das Urtheil des Hofes von Pau vom 4. Februar 1830 (S. XXX. 2. 202) hegt einigen Zweifel, ob die Regel selbst für den Besitzer gelte. „Attendu“, heißt es in demselben „que sans examiner, si cette maxime s'applique d'une manière absolue aux actions rescissoires, il est au moins certain, qu'elle n'est faite que pour celui, qui malgré l'acte, dont on poursuit l'exécution contre lui, n'a pas cessé de posséder“. – Daß die Maxime auch für denjenigen gelte, welchem ein ungültiger obligatorischer Titel entgegenstehe, entschied der Cassationshof am 24. Januar 1833 (S. XXXIII. 1. 268), — obgleich man nicht recht sieht, ob er nicht auch die Verjährung der Nullitätsklage so berechnet habe, daß sie zur Zeit des Prozesses noch

Der erste, daß der Art. 1304 nur von der Verjährung der Klage rede, ist nicht stichhaltig. Denn ein Schluß a contrario aus dieser Bestimmung ist nicht zulässig. Einmal sind überhaupt Klage und Einrede nicht zwei in der Weise zusammengehörige Dinge, daß man auf sie den Satz anwenden dürfte: qui dicit de uno, negat de altero. Dann aber wird im Besonderen die Verjährung vom C. N., wie vom römischen Rechte, nur auf Klagen bezogen und hat nur für diese Sinn. Wenn er daher sagt: die Nullitätsklage verjährt in zehn Jahren, und nicht hinzufügt: und die Einrede aus der Nullität auch, so unterläßt er das nicht deswegen, weil er der Ansicht ist, daß diese Einrede durch Verjährung nicht verloren werden könne, sondern weil er, wo er von Verjährung spricht, an Einreden überhaupt nicht denkt. Aber eine andere Frage ist es, ob nicht der im Art. 1304 verfügten Verjährung der Anfechtungsklage im Sinne des C. N. eine Wirkung beizulegen sei, welche eine Geltendmachung des ihr zu Grunde liegenden Rechtes auch durch Einrede ausschließt. Davon sogleich.

Man beruft sich ferner darauf, daß man Niemandem zumuthen könne, zu klagen, wo ihm nichts fehle, und daß daher derjenige, welcher in einem solchen Falle nicht klage, sich nicht sowohl nachlässig zeige, als die einfachste Regel der Klugheit beobachte. „Si de deux positions“ sagt Troplong „acquises au possesseur il y en a une, qui est plus sûre, l'autre plus périlleuse, n'est-il pas absurde, de lui imposer sous peine de déchéance, de se jeter tête baissée et aveuglément dans

nicht abgelaufen war; — ferner Paris 21. April 1836 (S. XXXVII. 2. 17), Rouen 9. Januar 1838 (S. XXXVIII. 2. 110), Bordeaux 6. April 1843 (S. XLIII. 2. 422). Das Gegentheil dagegen hat der Appelhof von Toulouse am 18. November 1836 (S. XXXVIII. 2. 324) ausgesprochen.

celle-ci“? Aber, wie sehr das auch Troplong als Absurdität erscheinen mag, das Gesetz stellt dieses Verlangen wirklich. Beginge der nicht klagende Besitzer in seinen Augen wirklich keine Nachlässigkeit, hielte es sein Nichtklagen für eben so gerechtfertigt, wie Troplong dasselbe für klug hält, würde es ihm dann nach bestimmter Zeit die Klage entziehen, würde es nicht die Verjährung derselben erst von der Zeit an laufen lassen, wo er aufgehört hat, zu besitzen? Da es die Verjährung der Klage auch gegen den Besitzenden laufen läßt, so beweist das ganze Argument nichts, weil es zu viel beweisen würde; es kann eben nur darauf ankommen, zu bestimmen, wie weit die Wirkung der Strafe, welche das Gesetz über den Nichtklagenden in der That verhängt, der Klagenverjährung, sich erstrecke. Oder will man wirklich behaupten, daß dem Besitzenden auch die Klage nicht verjähre? Das würde doch mit dem ganz allgemeinen Ausdrucke des Art. 1304 schwer vereinbar sein. Oder etwa, daß der Besitzende gar keine Klage habe, und deswegen auf ihn die Bestimmung des Art. 1304 überhaupt nicht anwendbar sei? Das scheint Toullier zu meinen, wenn er sich darauf beruft, „que la prescription ne peut courir contre celui, qui ne peut agir“, und ganz bestimmt spricht es Stabel aus, welcher die Nullitätsklage des Besitzers für eine processualische Unmöglichkeit erklärt. Es liegt aber auf der Hand, daß sie das nicht ist; sie ist gegen eine wirkliche Rechtsverletzung gerichtet. Denn was kann mich mehr verletzen, als ein zu meinem Nachtheile bestehendes Rechtsgeschäft? Selbst für diejenigen ist sie es nicht, welche die action en nullité ou en rescision für eine wirkliche Nichtigkeitsklage halten; ist sie das, so kann sie doch in derselben Weise angestellt werden, wie der Eigenthümer einer Sache gegen denjenigen, welcher sich

den Nießbrauch derselben anmaßt, klagen kann, nämlich „ne inquietetur“ [4]).

Da übrigens bei diesem Argumente vorausgesetzt wird, daß in Folge des ungültigen Vertrages aus dem Besitze des dadurch Verletzten nichts hinausgegangen sei, so müssen die Schriftsteller, welche sich darauf berufen, für den zweiten der oben genannten Fälle Verlust der Einrede mit der Klage annehmen. Sie thun das auch, wenn gleich nicht ausdrücklich, indem sie nämlich ihre Regel auch auf diesen Fall beziehen, dabei aber voraussetzen, daß der in Folge des ungültigen Vertrages verlorene Besitz vor der Verjährung der Nullitätsklage zurückerlangt worden sei. Indem sie aber dann Verlust der Exception für den entgegengesetzten Fall zugeben, stoßen sie selbst ihr erstes Argument, daß der C. N. nur von dem Verlust der Klage spreche, wieder um.

Ein drittes Argument, das für diejenigen, welche die action en nullité ou en rescision für eine Nichtigkeitsklage halten, sehr nahe zu liegen scheint, finde ich nur bei einem der die hier bestrittene Ansicht theilenden Schriftsteller, bei Vazeille, angeführt. Sein Hauptgrund ist der Satz, daß „quod nullum est, nullo temporis tractu convalescere potest“. Doch widerlegt ihn leicht, — und das hat auch wohl die übrigen Schriftsteller von der Berufung auf dieses Argument abgehalten, — daß der C. N. diesen Satz auf jeden Fall insofern nicht anerkennt, als er die Geltendmachung der Nichtigkeit durch Klage nach zehn Jahren nicht mehr gestattet. So daß auch bei diesem Ausgangspunkte die Frage nur die sein kann, welche Wirkung die Verjährung der Klage auf die Einrede habe.

Darauf führt uns Alles zurück, und das ist meiner Ansicht nach der einzig richtige Standpunkt zur Entscheidung

---

4) l. 5. §. ult. D. si ususfr. petatur.

der uns beschäftigenden Frage. Der C. N. spricht nicht von der Wirkung des Zeitablaufs auf die Einrede; er sagt nur, daß das Recht, sich auf die Ungültigkeit eines Vertrags zu berufen, nach zehn Jahren nicht mehr durch Klage geltend gemacht werden dürfe; also ist zu untersuchen, welche Wirkung er im Allgemeinen der Klagenverjährung beilege, ob bloß die, die Klage auszuschließen, oder die weitere, auch das ihr zu Grunde liegende Recht zu vernichten [5]). Ist das Letztere der Fall, so kann nach vollendeter Klagenverjährung auch von Geltendmachung desselben durch Einrede nicht mehr die Rede sein.

Die Beantwortung dieser Frage aber ist mir keinen Augenblick zweifelhaft. Der C. N. definirt die „prescription“ als ein „moyen d'acquérir ou *de se libérer* par un certain laps de temps“ (Art. 2219); er zählt dieselbe neben Zahlung, Erlaß, Compensation ꝛc. unter den Thatsachen auf, wodurch

5) Die bekannte Streitfrage des römischen Rechts, ob die Klagenverjährung eine naturalis obligatio übrig lasse oder nicht. Zwar ist Savigny (System V. S. 424 f.) der Ansicht, daß die Beantwortung dieser Frage für die Entscheidung der uns beschäftigenden nicht in allen Fällen bestimmend sei; werde sie bejaht, so folge daraus allerdings die Fortdauer der Einrede in beiden oben unterschiedenen Fällen; werde sie aber verneint, so folge daraus Untergang der Einrede nur für den zweiten derselben; denn in dem ersten, — wenn in Folge des Vertrages aus dem Besitz des dadurch Verletzten nichts hinausgegangen ist, — könne man die Exception, welche bisher neben der Klage bestanden habe, auch als ein selbstständiges, von dieser unabhängiges Recht betrachten. Jedoch muß ich gestehen, daß ich mich in dieser Beziehung zu der Meinung des berühmten Schriftstellers nicht bekennen kann. Zwar wird man jene Einrede als unabhängig von der neben ihr bestehenden Klage, aber man wird sie doch nie als unabhängig von dem Rechte, auf dem sie, wie die Klage, beruht, betrachten können. Nun aber, meine ich, hat der Satz: die Klagenverjährung vernichtet auch die naturalis obligatio, eben den Sinn: wenn Jemand eine obligatio binnen bestimmter Zeit nicht geltend gemacht hat, so kann er sich fortan nicht nur im Wege der Klage, sondern überhaupt nicht mehr darauf berufen.

„les obligations s'éteignent“ (Art. 1234); endlich, was das Beweisendste ist, er läßt durch die Klagenverjährung sogar das dingliche Recht untergehen [6]). Zwar scheint die ausdrückliche Versicherung, welche Bigot im gesetzgebenden Körper gegeben hat [7]), daß die Klagenverjährung eine obligation naturelle übrig lasse, allein im Stande zu sein, alle diese Gründe zu beseitigen; doch auch nur so lange, als man nicht näher zugesehen hat, was er denn unter obligation naturelle verstehe. Er sagt es aber sehr bestimmt, daß er darunter etwas ganz Anderes verstehe, als das römische Recht, nicht eine Verpflichtung, wie sie dasselbe aus einem nudum pactum habe hervorgehen lassen, sondern eine Verbindlichkeit, welche, vom Rechtsgesetze überhaupt nicht anerkannt, nur in dem Moralgesetze ihre Stütze finde. Deswegen setzt er auch hinzu: „L'obligation naturelle ne devenant un lien civil que par induction tirée du paiement, (insofern darin eine „renonciation“ liege, „que la bonne foi seule et le cri de la conscience sont présumés avoir provoquée“) „cette obligation ne peut avoir d'autre effet que celui d'empêcher la répétition de ce qui a été payé. *Mais elle ne peut faire la matière d'une compensation, ni avoir les autres effets, que leur donnait la loi romaine*“.

6) Der C. N. kennt bei dinglichen Rechten keine bloße Klagenverjährung. Wer 30 Jahre lang die dingliche Klage nicht angestellt hat, hat zugleich das dingliche Recht verloren, und der Besitzer hat es erworben, ohne daß ihm Titel oder bona fides nöthig, oder nur der Gegenbeweis der mala fides dem Gegner gestattet wäre (Art. 2262). Diese — bestrittene — Behauptung kann hier allerdings nicht vollständig bewiesen werden; ich will nur darauf aufmerksam machen, daß derjenige, welcher sie nicht annimmt, keine gesetzliche Bestimmung wird nennen können, worauf die 30jährige Acquisitivverjährung beruhe, deren Vorhandensein doch der Art. 2180 voraussetzt.

7) Disc. publ. V. p. 53.

Als unterstützend für die hier vertheidigte Meinung kann auch eine Stelle aus den Discussionen angeführt werden [8]), welche nur, da sie nicht von einem bei der Redaction des C. N. Mitthätigen, sondern bloß von dem Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats herrührt, nicht allein zum Beweise derselben genügt; welche zu schwere Last ihr Duranton aufbürdet [9]). Noch viel weniger darf man sich mit Grenier [10]), dem einzigen Schriftsteller, welcher außer Duranton für den Verlust der Einrede streitet, auf die Ordonnanz von 1539 berufen. Denn wenn diese auch vorschrieb, daß ein in der Minderjährigkeit abgeschlossenes Rechtsgeschäft nach Ablauf von zehn Jahren nach erreichter Großjährigkeit weder durch Klage, noch durch Einrede mehr angefochten werden könne, so war doch die spätere Jurisprudenz von der Wahrheit der Regel „quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum" nicht nur in allen übrigen Fällen, sondern auch gerade in dem, von welchem die Ordonnanz gesprochen hatte, vollständig überzeugt [11]). So daß das ältere Recht eher ein Gewicht für die Fortdauer der Einrede in die Wagschale legen würde, wenn nicht die allgemeine Regel zu wohl begründet wäre, daß man es zur Erklärung und Ergänzung der Bestimmungen des C. N. nur in so weit

8) „Ne serait il pas attentoire au repos des familles, qu'un particulier, qui serait engagé par un contrat à payer une somme, pût, indistinctement dans tous les temps, être admis à dire, qu'il s'était trompé ou qu'il avait été forcé ou surpris? Un laps de temps sans réclamation doit faire présumer la ratification". Disc. publ. V. p. 165.

9) XII. n. 594.

10) Citirt bei Bazeille n. 566: Traité des donations II. n. 432, des hypothèques I. n. 44.

11) Oeuvres de Claude Henrys (Paris 1711) vol. II. question 168 und die daselbst Citirten.

gebrauchen dürfe, als man sich dadurch mit anderen von demselben anerkannten Grundsätzen nicht in Widerspruch setzt.

III.

Toullier[12]), Duranton[13]), Boileux[14]) und Zachariae[15]) stellen einen Satz auf, welcher, wenn er begründet wäre, dem Argumente, woraus ich die im vorigen §. aufgeworfene Frage entschieden habe, seine Grundlage nehmen würde. Sie behaupten, daß die zehn Jahre des Art. 1304 nicht als Verjährungszeit, sondern als Frist anzusehen seien, daß er nur bestimme, die action en nullité ou en rescision müsse binnen zehn Jahre angestellt werden, nicht, sie verjähre in zehn Jahren. Zwar ziehen sie aus diesem Satze nur den Schluß, daß die Gründe, aus welchen eine Verjährung ruhe oder eingestellt bleibe, bei der Klage des Art. 1304 keine Anwendung fänden, und die Meisten sogar stellen ihn nur zu dem Ende auf, um darzuthun, daß der Verlust dieser Klage nicht aufgehalten werde, wenn dem zur Anstellung derselben Berechtigten ein minderjähriger oder interdicirter Erbe succedire; aber es liegt auf der Hand, daß, wenn diese Behauptung richtig ist, weder die Grundsätze von der Klagenverjährung überhaupt, noch auch namentlich der Satz, daß sie die naturalis obligatio vernichte, auf die Klage des Art. 1304 angewendet werden dürfen.

Nun sehe ich aber keinen irgendwie haltbaren Grund für diese Behauptung. Es ist wahr, der Art. 1304 spricht nicht von der Verjährung der Rescissionsklage; er sagt nicht: „cette action se prescrit par dix ans", er sagt: „cette action

12) VII. n. 615.
13) XII. n. 548, XXI. n. 292.
14) II. p. 656.
15) II. §. 337 zu Note 11.

dure dix ans". Aber daß das reiner Zufall sei, zeigt ein Blick auf das ältere Recht. Im älteren Rechte hat nie Jemand daran gezweifelt, daß die Befugniß, Rescission eines Rechtsgeschäfts zu verlangen, durch „prescription" verloren werde [16]: wie hätte der C. N. in dieser Beziehung auf einmal zu anderen Grundsätzen kommen sollen? — Ueberdies, wer sich auf den Art. 2264 berufen will, und das thun fast alle Vertheidiger jener Meinung, darf diesen Grund nicht geltend machen. Der Art. 2264 schreibt vor: „Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres, qui leur sont propres". Von der action en nullité ou en rescision, sagt man, ist im Titel von der Verjährung nicht die Rede, also unterliegt dieselbe auch nicht den für die Verjährung geltenden Regeln. Aber man hat bei diesem Argumente vergessen, daß der Art. 2264 in demjenigen Kapitel des Titels von der Verjährung steht, welches handelt „du temps requis pour prescire", unmittelbar nach dem Artikel, welcher vorschreibt, daß jede Klage in 30 Jahren verjähre, und vor den Artikeln, welche die Ausnahmen von dieser Regel, die Fälle, in welchen eine Klage durch Ablauf kürzerer Zeit verloren wird, angeben. Ist es nun wohl wahrscheinlich, daß der C. N. eine Regel so umfassenden und allgemeinen Inhalts an einen solchen Ort gestellt haben würde, und liegt nicht die Annahme viel näher, der Art. 2264 wolle sagen, daß in den folgenden nicht alle Fälle namhaft gemacht werden würden, in welchen die Klagenverjährung sich in weniger als 30 Jahren vollende, sondern nur diejenigen, welche nicht mit bereits behandelten Materien in Verbindung ständen? So wird in denselben auch nicht von der zehnjährigen Verjährung der Klage des Mündels gegen den Vormund (Art. 475), nicht von der dreijährigen der Klage des Miterben auf Garantie

---

16) Domat l. liv. 4 tit. 6 sect. 1, Serres p. 591.

wegen Insolvenz eines ihm in der Theilung zugewiesenen Rentschuldners (Art. 886), nicht von der einjährigen der Klage auf Revocation der Schenkung wegen Undankbarkeit (Art. 957), und so nicht von einer Reihe von andern Verjährungen gesprochen, welche alle man als Verjährungen nicht behandeln dürfte, wenn der Art. 2264 wirklich den Sinn hätte, welchen er nach jener Meinung haben soll. Auch findet dieselbe in den Discussionen alles Andere wie Unterstützung. Nachdem Bigot im gesetzgebenden Körper von der 30jährigen Extinctiv- und der 20jährigen Acquisitivverjährung gesprochen hat, fährt er fort: „Il est un grand nombre de cas relatifs aux obligations, dans lesquels la loi a limité à dix années ou même à un moindre temps celui des prescriptions“. Von Ausnahmen von andern Regeln der Verjährung ist nicht die Rede. Und als ersten Fall einer solchen kürzeren Verjährung nennt er gerade denjenigen, „où il s'agit de faire annuller ou rescinder les actes“. (Disc. publ. VII. p. 155.)

Werfen wir noch einen Blick auf die Gründe, womit die oben genannten Schriftsteller die spezielle Anwendung, welche sie von dem hier bestrittenen Satze machen, stützen. Zuerst beruft man sich darauf, daß der Art. 1304 nur von der Klage gegen die „actes faits par les mineurs“ und die „actes faits par les interdits“ bestimme, daß ihre Verjährung erst mit Erreichung der Großjährigkeit und Aufhören der Interdiction beginne; also, schließt man, ist bei den von Großjährigen und nicht Interdicirten herrührenden Rechtsgeschäften die Minderjährigkeit und Interdiction kein Hinderniß der Verjährung. Aber, — und es ist kaum nöthig, das noch besonders auszusprechen, — dieses Argument beruht auf einer seltsamen Verkehrung der Sachlage. Man setzt dabei voraus, daß die Unterbrechung der Verjährung durch die Minderjährigkeit und Interdiction des Erben des ursprünglichen Klägers erst

durch den Art. 1304 bewiesen werden müsse, während wir doch die allgemeine Verfügung des Art. 2252 haben: „La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits“. Also könnte höchstens die Frage aufgeworfen werden, ob nicht durch einen Schluß a contrario aus dem Art. 1304 der von den Gegnern behauptete Satz gefolgert werden müsse. Aber auch dessen Unzulässigkeit liegt auf der Hand. Der Art. 1304 will keineswegs darüber bestimmen, in wie fern die allgemeinen Regeln von der Klagenverjährung auf die Verjährung der action en nullité ou en rescision anwendbar seien; er will den Anfangspunkt der Verjährung dieser Klage festsetzen, den Satz aussprechen, daß diese Verjährung nicht eher beginne, bis die Thatsache, kraft deren das Rechtsgeschäft angefochten werde, aufgehört habe, — einen Satz, welcher, wenn er auch aus dem Begriffe der Rescissionsklage sich unmittelbar ergibt, doch eine Anwendung der für die Klagenverjährung überhaupt geltenden Regeln nicht enthält.

Auch gibt Zachariae zu, daß dieses Argument nicht angerufen werden dürfe; aber die übrigen Gründe, welche, namentlich von Duranton, beigebracht werden, sind eben so unhaltbar. Es beruft sich derselbe noch darauf, daß, wenn die Minderjährigkeit des Erben des Klägers immer die Verjährung der Rescissionsklage unterbräche, dieselbe, unter Voraussetzung eines öfteren Erbganges, leicht gar kein Ende nehmen könnte; — ein Grund, womit in derselben Weise bewiesen werden könnte, daß die Minderjährigkeit und Interdiction des Erben des ursprünglichen Klägers die Klagenverjährung überhaupt nicht aufhalten dürfe. Duranton führt ferner an, daß auch die Appelfrist, die Verjährung der Klage aus dem Wiederverkaufsvertrag und die der in den Art. 2271 — 2277 genannten Klagen gegen den Minderjährigen und Interdicirten laufe: aber was folgt daraus für die Verjährung der Rescis-

sionsklage? Da hat es doch wenigstens einigen Schein, wenn ferner geltend gemacht wird, daß die Verjährung der Klage auf Rescission des Kaufvertrages wegen Läsion über 7/12 nach der ausdrücklichen Verfügung des Art. 1676 durch die Minderjährigkeit und Interdiction des Erben des ursprünglichen Klägers nicht unterbrochen werde, und daß in den übrigen Rescissionsfällen „parité de raison“ vorhanden sei. Aber auch nur Schein. Denn diese parité de raison ist in der Wirklichkeit nicht vorhanden. Es ist bekannt, wie abgeneigt ein großer Theil des Staatsraths der Rescission des Kaufvertrags wegen laesio enormis war, und wie sie nur unter heftigem Widerspruch adoptirt worden ist. Daraus erklären sich alle Beschränkungen derselben, namentlich die kurze Verjährung der Klage, womit sie geltend gemacht wird, und so auch die Bestimmung, daß dieselbe gegen Minderjährige und Interdicirte laufe. — Fast überflüssig erscheint es mir, als Gegenbeweis noch anzuführen, daß in der älteren Jurisprudenz der Satz, welchen man für den C. N. leugnet [17]), nicht bestritten war.

Der hier vertheidigten Meinung sind Merlin [18]) und Vazeille [19]), und ihr gemäß ist in folgenden Urtheilen entschieden: Pau 11. December 1835 (S. XXXVI. 2. 185), Limoges 26. Mai 1838 (S. XXXIX. 2. 69), Nimes 20. Juni 1839 (S. XXXIX. 2. 535). Die entgegengesetzte Ansicht finde ich nur durch das Urtheil des Hofes von Angers vom 22. Mai 1834 (S. XXXIV. 2. 337) vertreten.

IV.

Die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts kann auch durch die Bestätigung desselben gehoben werden.

---

17) Merlin Rép. s. v. rescision n. 5 bis.
18) l. c. und Questions de droit s. v. rescision §. 5.
19) Prescriptions n. 572.

Der C. N., welcher von der Bestätigung nach dem Vorgange Dumoulin's und Pothier's in der Lehre vom Beweise handelt[20], erklärt die „confirmation ou ratification“ nur bei den Rechtsgeschäften für zulässig, gegen welche das Gesetz die action en nullité ou en rescision gibt.

Art. 1338. L'acte de confirmation ou ratification contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que lorsqu'on y trouve...

Daß dieser Artikel die Bestätbarkeit des absolut nichtigen Rechtsgeschäfts wirklich ausschließe, geht aus seiner Geschichte hervor. In der Fassung, in welcher er der Gesetzgebungssection des Tribunats vorgelegt wurde, gab er die Vorschrift, welche er enthält, eben für „actes radicalement nuls“; diese Section sprach aber die Ansicht aus, daß gar nicht existirende Rechtsgeschäfte nicht bestätigt werden könnten[21]. In Folge davon hat er seine gegenwärtige Gestalt erhalten.

Ist aber diese, zum Gesetz erhobene, Ansicht des Tribunats auch der Natur der Sache gemäß? Man muß unterscheiden. Bleibt man bei dem strengeren Begriffe der Bestätigung stehen, so ist dieselbe gewiß bei nichtigen Rechtsgeschäften unmöglich. Denn die Bestätigung im strengeren Sinne vermag nicht ein juristisch nicht Vorhandenes in's Leben zu rufen, sie vermag nur die Hindernisse wegzuräumen, welche sich der Wirksamkeit des Vorhandenen entgegenstellen. Einem juristisch nicht Vorhandenen Leben geben heißt nicht es bestätigen, sondern es neu schaffen. — Von der anderen Seite läßt sich aber nicht verkennen, daß das Wort

---

20) Dumoulin §. 8 gl. 1 (in ver. denombrement) n. 84 s. Pothier Obligations n. 742 - 45. Nur trennen beide nicht, wie der C. N. allerdings thut, den acte récognitif von dem acte de confirmation.

21) Disc. part. V. p. 180 - 182.

„Bestätigung" nicht immer in diesem strengeren Sinne gebraucht wird. Häufig versteht man darunter die Erklärung des allgemeinen Inhalts, daß man an ein ungültiges Rechtsgeschäft gebunden sein wolle. Nur ist dann dasjenige, was man Bestätigung nennt, streng genommen nur der Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts desselben Inhalts, wie das früher abgeschlossene.

Welchen Sinn hat denn im Art. 1338 der Ausdruck „confirmation ou ratification"? Das projet bezieht die confirmation sowohl auf den an und für sich bestehenden als auf den absolut nichtigen Vertrag; nur verlangt es, daß die confirmation des absolut nichtigen Vertrages Alles das enthalte, was auch der Abschluß eines neuen Vertrages enthalten müßte. Von der confirmation sodann unterscheidet es noch die ratification. Es versteht darunter die Erklärung, daß man an den nichtigen Vertrag gebunden sein wolle, trotz dem, daß er nichtig sei und bleibe[22]). Diesen Unterschied zwischen confirmation und ratification hat die Gesetzgebungssection des Staatsraths aufgehoben. „La distinction", sagt darüber Bigot im gesetzgebenden Körper, „que l'on faisait entre la confirmation et la ratification a paru inutile. Leur effet est le même, celui d'emporter la renonciation aux moyens et exceptions, que l'on pouvait proposer contre l'acte confirmé"[23]). Die confirmation ou ratification der Gesetzgebungssection des Staatsraths bezeichnet also die Bestätigung im allerweitesten

22) Projet III. 2. Art. 229. 231. Eine feine, aber vollkommen richtige Gliederung der Begriffe. 1) Bestätigung mit der Wirkung, daß das früher abgeschlossene Rechtsgeschäft gültig wird. 2) Bestätigung mit der Wirkung, daß ein neues Rechtsgeschäft entsteht. 3) Bestätigung, welche auch diese Wirkung nicht hat, aber den Bestätigenden verpflichtet, als läge nun ein zu Recht bestehendes Rechtsgeschäft vor.

23) Disc. publ. V. p. 91.

Sinne, und sie ist es gerade, welche in Folge der Bemerkung des Tribunats auf die anfechtbaren Verträge eingeschränkt worden ist.

Von der anderen Seite aber ist es eben so sicher, daß das Tribunat unter „confirmation ou ratification“ nur die Bestätigung im engeren Sinne verstanden hat. Es legt derselben bei den Rechtsgeschäften, bei welchen es sie für zulässig erklärt, die Bedeutung bei, daß dadurch „les nullités sont couvertes au point, que les actes confirmés et ratifiés sont considérés comme ayant été faits valablement dès leur origine, et comme n'ayant jamais cessé d'être valables“ [24]. Indem es sie also bei absolut nichtigen Verträgen für unzulässig erklärt, leugnet es nur, daß sie dem nichtigen Vertrage, wie er abgeschlossen ist, eine Wirksamkeit zu geben im Stande sei, welche er nie gehabt habe; es spricht ihr nicht diejenige Wirkung ab, welche ihr der Natur der Sache nach insofern zuzugestehen ist, als sie den Abschluß eines neuen Vertrags enthält.

Die Gesetzgebungssection des Staatsrathes hat aber durch die veränderte Fassung des Art. 1338 offenbar nur den Vorschlag des Tribunats wiedergeben wollen; und es ist also anzunehmen, daß auch sie in der letzten Redaction desselben unter confirmation ou ratification nur die Bestätigung im engeren Sinne verstanden habe.

Der Bestätigung im weiteren Sinne ist daher nach dem Rechte des C. N. auch bei den absolut nichtigen Rechtsgeschäften ihre Wirkung zuzugestehen. Nur kann dieselbe keine andere sein, als die eines neuen Rechtsgeschäfts desselben Inhaltes, wie das früher abgeschlossene nichtige. Es entstehen also erst

---

24) A. a. O. Vergl. auch den von der Gesetzgebungssection des Tribunats erstatteten Bericht, disc. publ. V. p. 189.

durch sie Rechte, vor ihr war keines erworben. Zwar ist auf der anderen Seite der Sinn der Bestätigung eines früher abgeschlossenen Rechtsgeschäfts gerade der, daß derjenige, zu dessen Gunsten es bestätigt wird, jetzt dasselbe Maaß von Rechten erwerben solle, was er erworben haben würde, wenn das frühere Rechtsgeschäft rechtsbeständig gewesen wäre, also auch, daß er als berechtigt von der Zeit des früheren Rechtsgeschäfts an, nicht von der der Bestätigung, angesehen werden solle: aber diese Fiction hat auch nur zwischen den Partheien, nicht Dritten gegenüber, Kraft. Zwei können darüber übereinkommen, daß zwischen ihnen Alles so gehalten werden solle, als sei ein Nichtwirkliches wirklich; aber sie können nie Dritte nöthigen, die Existenz des Nichtwirklichen anzuerkennen. Oder mit andern Worten: die Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts hat zwar zwischen den Partheien, nicht aber Dritten gegenüber rückwirkende Kraft.

Die Bestätigung des an und für sich existirenden, bloß anfechtbaren Rechtsgeschäfts dagegen gibt nicht neue Rechte, sondern nimmt nur die Möglichkeit, bereits erworbene wieder zu entziehen. Daher bestimmt sich auch der Anfangspunkt dieser Rechte nicht nach ihr, sondern nach dem früheren Rechtsgeschäft. Gewöhnlich wird das so ausgedrückt: die Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts hat rückwirkende Kraft Dritten gegenüber sowohl, als zwischen den Partheien. — Jedoch ist dem auch nur nach allgemeinen Grundsätzen so, das positive Recht des C. N. weicht davon ab. Der Art. 1338 bestimmt ausdrücklich, daß die Bestätigung Dritten nicht zum Nachtheile gereichen dürfe [25]). Also ist nach dem C. N.

---

25) »La confirmation, ratification ou exécution volontaire . . . . dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers«. In der

der Bestätigung auch des anfechtbaren Rechtsgeschäfts die rückwirkende Kraft gegen Dritte abzusprechen, mit anderen Worten, ihr in Allem dieselbe Wirkung beizulegen, wie der des nichtigen. Ich komme auf diesen Punkt sogleich noch einmal zurück.

Was die Jurisprudenz betrifft, so weisen fast sämmtliche Schriftsteller, von den Worten des Art. 1338 ausgehend, der Bestätigung dasselbe Gebiet an, wie der action en nullité ou en rescision, und beantworten demnach die Frage nach der Bestätbarkeit absolut nichtiger Rechtsgeschäfte verschieden nach der verschiedenen Ansicht, welche sie von dem Umfange jener Klage habe. So Perrin[26]), Duranton[27]), Boileux[28]), die Codes français annotés[29]), Zachariae[30]), welche diese Frage verneinen, Toullier[31]), Stabel[32]), welche sie bejahen. Auch Troplong[33]) ist hierher zu zählen; denn er behauptet nicht bloß die Bestätbarkeit absolut nichtiger Rechtsgeschäfte, sondern findet sie auch im Art. 1338 ausgesprochen, obgleich er sonst aus absoluten Nullitäten keine Klage entstehen läßt[34]). Nur Delvincourt[35]) theilt diesen Ausgangspunkt nicht; obgleich er die action en nullité ou en rescision auch auf absolute

---

von der Gesetzgebungssection des Tribunats, von welcher auch dieser Zusatz herrührt, vorgeschlagenen Fassung heißt es: „et dans ce cas l'acte confirmé ou ratifié a son effet du jour, où il a été passé entre les parties, sans préjudice du droit des tiers“.

26) p. 327.

27) XIII. n. 271.

28) II. p. 698.

29) Zu Art. 1338 n. 18. 19.

30) II. §. 339.

31) VII. n. 561 - 570.

32) §. 54.

33) Hypothèques n. 487 - 499.

34) Es gehört dies zu dem oben bemerkten Schwanken Troplong's über die Bedeutung der Nullitätsklage.

35) II. p. 59. 62.

Nullitäten bezieht, beschränkt er doch die Bestätigung auf die relativen. An und für sich ist dieser Standpunkt Delvincourt's ohne Zweifel der richtigere; denn auch wir erkannten die Nothwendigkeit, der Bestätigung einen anderen Umfang anzuweisen, als der action en nullité ou en rescision. Nur ist freilich das von uns gefundene Resultat ein geradezu umgekehrtes; nach unserer Bestimmung ist das Gebiet der Bestätigung nicht beschränkter, sondern umfassender, als das jener Klage.

Vielleicht ist zwischen diesen verschiedenen Meinungen doch kein so großer Gegensatz, und diejenigen, welche die Bestätbarkeit absolut nichtiger Verträge leugnen, wollen wohl nur die Möglichkeit der Bestätigung im engeren Sinne, nicht aber die der Bestätigung im weiteren Sinne in Abrede stellen [36]. Obgleich, wie das Tribunat ganz unbeschränkt aussprach: „les engagemens contractés par les impubères ou pour cause illicite ne peuvent être ratifiés ni confirmés, soit tacitement, soit expressément", sich doch auch in der Praxis hin und wieder die ganz falsche Ansicht geltend gemacht hat, daß jede Anerkennung der absolut nichtigen Verbindlichkeit vollkommen wirkungslos sei. So hat der Cassationshof in dem Urtheile vom 9. Juni 1812 (S. XII. 1. 233), in welchem er eine Verbindlichkeit als der causa entbehrend für nichtig erklärte, keine Rücksicht auf die Behauptung des Gläubigers nehmen wollen, daß dieselbe einen Anfang von Vollziehung erhalten habe. Und zweimal ist von einem französischen Gerichtshofe entschieden worden (Cass. 27. März 1812 (S. XII. 1. 369), Douai 7. Januar 1836 (S. XXXVII. 2. 137)), daß der Mangel der Unterschrift einer Parthei durch die Vollziehung des Vertrages von Seiten derselben nicht

36) Vergl. namentlich die Codes français annotés l. c. n. 9.

gedeckt werde, aus keinem anderen Grunde, als weil ein gar nicht existirender Vertrag nicht bestätigt werden könne[36a]), obgleich es sich hier in Wirklichkeit nicht einmal um die Bestätigung eines anerkannt nicht existirenden Vertrages, sondern um den Beweis der streitigen Existenz desselben handelt[37]).

Die Frage, ob die Bestätigung rückwirkende Kraft habe, ist von den Schriftstellern, was das Verhältniß der Partheien zu einander betrifft, wenig behandelt worden, wie ich finde, nur von Troplong, welcher ihr in dieser Beziehung rückwirkende Kraft unbedingt zugesteht, und von Toullier, welcher dieselbe der Bestätigung des absolut nichtigen Vertrages abspricht. Was die Wirkung der Bestätigung gegen Dritte betrifft, so ist darüber kein Streit, daß der Bestätigung des absolut nichtigen Vertrages gegen Dritte rückwirkende Kraft nicht beizulegen sei. Dagegen fehlt es nicht an Stimmen, welche dieselbe der Bestätigung des anfechtbaren (oder nach ihrer Auffassung des relativ nichtigen) Vertrages allerdings zuschreiben. In einer

---

36a) Das genannte Urtheil des Cassationshofes: „Attendu, que l'art. 1338 du C. N . . . n'est relatif qu'aux obligations, contre lesquelles la loi admet l'action en nullité ou en rescision, et non aux actes nuls par défaut de convention et faussement qualifiés de contrats". Das Urtheil des Hofes von Douai: „Attendu, que la ratification tacite, dont on argumente, est également inopérante, parceque pour donner force et vie à un acte entaché de nullité substantielle, il faut qu'un nouvel acte régulier le relève de ce vice et lui donne ainsi l'existence, qui lui manque".

37) Die Vollziehung ist Beweis, daß das Rechtsgeschäft abgeschlossen worden sei, allerdings nur da, wo Vermuthungsbeweis zulässig ist. So ist richtig in dem Urtheile des Appelhofes von Bourges vom 29. April 1823 (S. XXIV. 2. 34) entschieden; das des Hofes von Pau vom 17. December 1821 (S. XXII. 2. 142) führt den richtigen Entscheidungsgrund nur subsidiarisch an und stützt sich hauptsächlich auf die Ausführung, daß der Art. 1338 sich auch auf Formfehler beziehe. Vergl. auch Cass. 19. December 1820 (S. XXII. 1. 198).

speziellen Anwendung, auf die von Minderjährigen abgeschlossenen Verträge, namentlich deren Veräußerungen und Hypothekbestellungen, ist diese Controverse zu einer der bekanntesten des französischen Rechts geworden. Wenn der Minderjährige dem A. eine Hypothek bestellt, darauf großjährig geworden an demselben Grundstücke dem B., endlich die Verpfändung an den A. bestätigt, hat dann A. oder B. die bessere Hypothek? Die meisten Schriftsteller, die Bestimmung des Art. 1338, daß die Bestätigung nie Dritten zum Nachtheile gereichen könne, festhaltend, geben dem B. den Vorzug, so Grenier[38]), Dalloz[39]), Duranton[40]), Delvincourt[41]), Perrin[42]), Zachariae[43]), Stabel[44]). Zu rechtfertigen ist diese Bestimmung des Art. 1338 allerdings nicht, nicht bloß für uns, die wir diejenige Ungültigkeit, welche die action en nullité ou en rescision erzeugt, als Anfechtbarkeit ansprechen, sondern auch nicht für diese französischen Schriftsteller, welchen sie nur relative Nullität ist. Denn auch auf diese kann, eben weil sie relativ ist, nur derjenige sich berufen, in dessen Interesse das Gesetz sie verfügt hat, für jeden Dritten existirt sie nicht: und doch soll die Heilung dieser Nullität Dritten nicht zum Schaden gereichen dürfen[45]). Diesem

38) Hypothèques I. n. 425.

39) Recueil alphabétique s. v. hypothèques ch. 2 sect. 4 art. 1 n. 9. (Dieses und das vorhergehende Citat sind aus Sirey table décennale s. v. mineur n. 36 entlehnt.)

40) XIII. n. 285, XIX. n. 344.

41) II. p. 381.

42) p. 330.

43) II. §. 339 Note 27.

44) §. 54.

45) Man muß annehmen, daß im Sinne des C. N. derjenige, welcher die action en nullité ou en rescision gegen ein mit A abgeschlossenes Rechtsgeschäft anstellen kann, wenn er hinterher dem B. Rechte überträgt, welchen dieses Rechtsgeschäft entgegensteht,

Mißstande nun haben diejenigen Schriftsteller, welche den Art. 1338 auch von absoluten Nullitäten reden lassen, dadurch entgehen zu können geglaubt, daß sie auf diese die Worte: „sans préjudice néanmoins du droit des tiers“ bezogen haben, so daß dieselben der Bestätigung relativer Nullitäten ihre rückwirkende Kraft auch gegen Dritte ungeschmälert lassen würden. So Toullier[46]), dessen Meinung später Merlin[47]) adoptirt hat, und in neuerer Zeit Troplong[48]). Doch bedarf es nach dem bereits Ausgeführten keines weiteren Beweises dafür, daß der Art. 1338 in seiner jetzigen Gestalt sich nur auf relative Nullitäten bezieht; zu rechtfertigen ist jenes „sans préjudice“ eben nicht, man muß sich begnügen, es der Gesetzgebungssection des Tribunats zur Last zu legen. Auch hat jener Ausweg bei den Gerichtshöfen keinen Beifall gefunden. Ich finde überhaupt kein Urtheil, welches der Bestätigung des in der Minderjährigkeit abgeschlossenen Rechtsgeschäftes rückwirkende Kraft beilegte; denn das Urtheil des Hofes von Riom vom 28. März 1833 (S. XXXIII. 2. 344) ist durch das unten zu nennende Cassationsurtheil vom 23. Juli 1838 wiederaufgehoben worden. Doch kann man das Urtheil des Hofes von Paris vom 15. December 1830 (S. XXXI. 2. 83) hierher beziehen, in welchem es sich um ein Schuldbekenntniß des großjährig Gewordenen zu Gunsten des Vormundes vor Ablauf der 10 Tage des Art. 372 handelt; und darin findet sich jene Argumentation nicht: Dagegen ist der

---

diesem die Befugniß einräume, statt seiner die Nullitätsklage anzustellen. Wie wenig auch diese Annahme im einzelnen Falle den Umständen gemäß sein mag, so ist es doch nur durch sie möglich, den gröbsten Widersprüchen zu entgehen.

46) VII. n. 569. 570.

47) In der dritten Ausgabe der Qu. de droit s. v. hypothèque §. 4.

48) l. c. n. 499.

Vorzug des zweiten Erwerbers resp. Hypothekgläubigers vor dem ersten in folgenden Urtheilen ausgesprochen: Nancy 1. Mai 1812 (S. XIII. 2. 50), Caff. 16. Januar 1837 (S. XXXVII. 1. 102), 23. Juli 1838 (S. XXXIX. 2 5)[49].

V.

Was ist erforderlich, damit die Bestätigung des ungültigen Vertrages denselben wirklich gültig mache?

Es ist vor allen Dingen erforderlich, daß nun diejenigen Voraussetzungen erfüllt seien, deren Mangel den Vertrag nicht

49) Noch ein anderer Versuch, das „néanmoins sans préjudice etc.“ zu retten, findet sich sowohl bei Schriftstellern, als in Urtheilen. Es wird dem zweiten Pfandgläubiger deswegen der Vorzug gegeben, weil er als Gläubiger des Minderjährigen nach Art. 1166 dessen Rechte gegen die erste Verpfändung geltend machen könne. Doch reicht dieser Grund zur Erklärung jener Bestimmung schon deswegen nicht aus, weil er sich nur auf einen der hierher gehörigen Fälle bezieht und z. B. den Fall der zweimaligen Veräußerung gar nicht berührt. - Auch Stabel (p. 197 - 199) hält sich nur an diesen einen Fall; er rechtfertigt den Vorzug des zweiten Pfandgläubigers folgendermaßen. Der Hauptzweck des Pfandvertrages sei nicht, dem Gläubiger gegen den Schuldner ein Recht zu geben, welches er ohne denselben nicht haben würde, sondern ihm Dritten gegenüber ein dingliches Recht und den übrigen Creditoren gegenüber den Vorrang einzuräumen. Schreibe daher das Recht zur Entstehung dieser Wirkungen Formen vor, so habe es dabei „vorzugsweise“ nicht die Rechte des Schuldners, sondern den Schutz Dritter im Auge gehabt, und diese hätten daher ein eigenes Recht, die formlose Verpfändung anzufechten. „Wenn also ein späterer Pfandgläubiger das Pfandrecht des früheren angreift, so geschieht solches nicht durch ein Entlehnen des Rechts, welches dem Schuldner zusteht, sondern proprio iure und dieses proprium ius kann der Schuldner dem Gläubiger auf keine Weise entziehen“. Es ist aber unbegreiflich, wie die Formen, welche die Art. 457 und 458 für die Verpfändung der Immobilien Minderjähriger verlangen, Artikel, welche in der Lehre von der Vormundschaft mitten unter andern Artikeln steht, welche nur zum Schutz des Minderjährigen verfügen, mit dem „System der Publicität und Spezialität“ in Verbindung gebracht werden mögen.

gültig werden ließ, diejenigen Hindernisse beseitigt seien, deren Vorhandensein sich seiner Wirksamkeit entgegenstellte.

Dieses, übrigens aus der Natur der Sache sich von selbst ergebende, Erforderniß erheischt der C. N. ausdrücklich [50]). Um so weniger kann ich mich entschließen, aus dem Art. 1339 einen Schluß zu ziehen, welcher allerdings kaum umgangen werden zu können scheint. Dieser Artikel schreibt vor: „Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs nulle en sa forme; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale" [51]), scheint also vorauszusetzen, daß andere an einem Formfehler leidende Ver-

50) In der Bestimmung des Art. 1338 §. 2. »A défaut d'acte de confirmation ou ratification il suffit, que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque, à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée". In den Urtheilen der französischen Gerichtshöfe ist dieser Punkt, so einfach er ist, nicht immer richtig erkannt. So hat der Hof von Grenoble am 15. November 1837 (S. XXXVIII. 2. 180) zwar richtig entschieden, daß die Bestätigung der Decharge des Vormundes ohne Beobachtung der Vorschriften des Art. 472 ungültig sei, aber als Grund angegeben, daß der Art. 472 eine Ausnahme von dem Art. 1338 bilde, und der Cassationshof hat sogar in seinem Urtheile vom 8. Mai 1835 (S. XXXVI. 1. 946) eine solche Bestätigung nicht für wirkungslos erklärt. Die richtige Entscheidung findet sich in dem Urtheile des Hofes von Lyon vom 31. December 1832 (S. XXXIII. 2. 173).

51) Nichtsdestoweniger ist formlose Bestätigung anerkannt in den Urtheilen des Cassationshofes vom 24. November 1828 (S. XXIX. 1. 215) und des Hofes von Grenoble vom 21. December 1827 (S. XXVIII. 2. 163). In dem Falle, über welchen dieses letztere Urtheil zu entscheiden hatte, war die Schenkung deswegen nichtig, weil bei der über sie aufgenommenen Urkunde ein nicht im Bezirke wohnender Instrumentszeuge zugezogen worden war. Um der Härte zu entgehen, welche allerdings darin liegt, daß ein so unbedeutender Mangel durch langjährige Anerkennung nicht geheilt werden kann, stellt der Hof den seltsamen Satz aus, der Art. 1339 beziehe sich nicht auf »nullités tenant seulement à la forme extrinsèque de l'acte", sondern nur auf »nullités intrinsèques",

träge auch ohne Nachholung der gesetzlichen Form durch formlose Willenserklärung geheilt werden können. Wenn irgendwo, so drängt sich hier das „qui dicit de uno, negat de altero“ auf. Aber wozu würde dieser Schluß führen? Zu dem Satze, daß ein vom Gesetze nicht anerkannter Wille nur zweimal ausgesprochen zu werden brauche, um anerkannt zu werden. Der Heirathsvertrag soll nach Art. 1394 durch notariellen Act geschlossen werden, das Gesetz erklärt ihn also in dem Falle für ungültig, wo nur eine Urkunde unter Privatunterschrift darüber aufgenommen worden ist. Die Partheien geben zur Antwort: er soll doch gelten, und das Gesetz sollte nachgeben? Es ist unmöglich, daß die Redactoren dieses haben bestimmen wollen.

Es läßt sich auch nachweisen, daß sie es wirklich nicht gewollt haben. Als ersten Grund, warum die formlose Bestätigung die an einem Formfehler leidende Schenkung nicht zu heilen im Stande sei, gibt Bigot gerade die Regel an, daß die Bestätigung nicht wirken könne, wenn sie mit demselben Fehler behaftet sei, wie das zu Bestätigende „Les vices“, sagt er, „n'existeraient pas moins, quoique l'acte fût confirmé“.[52]) Er sah also in der Bestimmung des Art. 1339 nicht etwas der Schenkung Eigenthümliches, sondern den Ausdruck einer allgemeinen Regel.

Aber warum haben denn die Redactoren dieselbe bloß für die Schenkung ausgesprochen? Sollen wir uns mit der Annahme helfen, daß sie der Meinung gewesen seien, in ihrem Gesetzbuche seien für andere Verträge keine Formen vorgeschrieben?

Gerade diese Annahme ist nun zwar nicht nöthig, einer

---

d. h. bloß auf diejenige Nichtigkeit, welche auf Nichterfüllung der bei ihr gemachten Auflagen, auf Undankbarkeit des Beschenkten, und liberi supervenientes beruhe!

52) Bigot im gesetzgebenden Körper, disc. publ. V. p. 91.

ähnlichen aber, glaube ich, wird man nicht entgehen können. Es gibt nämlich Formfehler, welche, eben zufolge der allgemeinen hier maaßgebenden Regel, allerdings durch formlose Bestätigung des Contrahenten geheilt werden können. Es sind dies diejenigen, welche auf der Verletzung von Formen beruhen, die das Gesetz aus einem seiner Natur nach nicht dauernden Grunde vorgeschrieben hat; ist dieser Grund zur Zeit der Bestätigung nicht mehr vorhanden, so bedarf dieselbe zur vollen Wirksamkeit jener Formen nicht. Das nächstliegende Beispiel solcher Formen gewähren diejenigen, welche für die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen vorgeschrieben sind; das Gesetz verlangt sie nur im Interesse des Minderjährigen, und erkennt daher die Bestätigung des großjährig Gewordenen an, wenn die Form auch nicht nachgeholt worden ist[53]. Daß die Redactoren im Gegensatze gerade zu Rechtsgeschäften dieser Art die Bestimmung des Art. 1339 niedergeschrieben haben, ergibt sich aus dem zweiten Grunde, welchen Bigot für dieselbe anführt. „D'ailleurs", sagt er, „ces formes ont été prescrites pour l'intérêt des tiers; elles ne peuvent être supplées: il est donc indispensable, que l'acte de donation soit refait dans la forme légale". — Darnach also haben wir zwar nicht anzunehmen, daß die Redactoren die Schenkung für das einzige formelle Rechtsgeschäft ihres Gesetzbuchs gehalten haben, aber doch, daß sie sich nicht darum gekümmert haben, ob nicht für noch andere Rechtsgeschäfte außer der Schenkung Formen aus einem anderen Grunde verlangt werden, als für die der Minderjährigen[54].

53) Art. 1311.

54) Man denke an die Bestimmungen, welche Formen für die Bestellung einer Hypothek, den Heirathsvertrag, die Auflösung der Gütergemeinschaft verlangen. — Daß die vertragsmäßige Gütertrennung nicht (durch Vertrag) bestätigt werden könne, ist anerkannt in dem Cassationsurtheil vom 29. August 1827 (S. XXVII. 1. 466).

Es ist dies dieselbe Erscheinung, welche sich so oft im C. N. wiederholt: die Redaktoren vermögen nicht die Totalität eines Verhältnisses anzuschauen, sie haben nur einzelne concrete Fälle vor Augen. Und das liegt ebenfalls auf der Hand, daß auch der allgemeinere Gegensatz, auf welchen sie die Verschiedenheit dieser beiden Fälle zurückführen, der Gegensatz zwischen Rechtsgeschäften, bei welchen Formen im Interesse eines Contrahenten, und solchen, bei welchen sie zum Besten Dritter vorgeschrieben sind, das Wesentliche, worauf es hier ankommt, nicht darstellt. Die formlose Bestätigung von Rechtsgeschäften der ersten Art ist keineswegs ohne Weiteres, sondern nur unter der Voraussetzung gültig, daß der Grund, weshalb das Gesetz eine bestimmte Form der Willenserklärung verlangte, aufgehört habe. Unter derselben Voraussetzung hat aber auch die Bestätigung eines Rechtsgeschäfts der zweiten Art volle Wirkung. Jener von den Redactoren beliebten Fassung des Gegensatzes liegt der dunkele Gedanken zu Grunde, daß das Interesse des Contrahenten nothwendigerweise ein vorübergehendes, das Interesse Dritter nothwendigerweise ein dauerndes sei.

In dem hier dargelegten Gedankenzusammenhange: Rechtsgeschäfte, bei welchen Formen zu Gunsten Dritter vorgeschrieben sind, können durch formlose Bestätigung des Contrahenten nicht getheilt werden, fahren die Redactoren fort: vielmehr ist, wenn sie ohne Nachholung der Form auch für diese Dritte bindend werden sollen, deren Einwilligung nöthig. Sie sprechen aber auch diesen Satz nicht allgemein, sondern nur für die Schenkung aus. Daher Art. 1340: „La confirmation ou ratification ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception". Als die Dritte nämlich, in deren Interesse eine bestimmte Form der Schenkung verlangt wird,

erscheinen dem C. N. die Erben des Schenkers, er sieht die Schenkung als eine delibatio hereditatis an. Die Einwilligung derselben aber hat erst Kraft, wenn sie nach dem Tode des Schenkers gegeben wird, weil jede Disposition über eine nicht anerfallene Erbschaft wirkungslos ist.

VI.

Der C. N. verlangt für die Wirksamkeit der Bestätigung einer obligation ferner [55]), daß sie angebe: „la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice, sur lequel cette action est fondée“ (Art. 1338 §. 1); er spricht also jeder bloß allgemeinen Bestätigung die Wirksamkeit ab. Die Grundlage dieser Bestimmung ist Dumoulin's Darstellung, welcher die confirmatio eintheilt in die confirmatio in forma communi und die confirmatio ex certa scientia. Von der ersteren sagt er, daß sie „nihil dat, nihil novi iuris confert, nec invalidum validat: non enim fit ad finem disponendi, sed solum ad finem approbandi confirmabile tale quale est, et in quantum est verum validum et efficax, si tale est, et non aliter“. Der letzteren dagegen schreibt er die Wirkung zu, daß dadurch: „si confirmatum esset nullum vel invalidum, validabitur per confirmationem potestatem habentis, scientis nullitatem et vitium confirmati“. Darüber, unter welcher Voraussetzung die confirmatio von dieser oder jener Art sei, sagt er Folgendes: „Dicitur autem confirmatio facta in forma communi, quando non exprimitur ad longum tenor confirmati, sed confirmans se refert ad illud et confirmat, sicut sine pravitate vel sicut iuste et legitime obtentum et possessum fuit. Tunc enim

55) Wenn sie ausdrücklich ist; sie kann auch stillschweigend sein. Eine stillschweigende Bestätigung findet der C. N. in der Vollziehung des Vertrags.

apparet, confirmantem non habere animum pure et simpliciter confirmandi, sed solum praesuppositive et conditionaliter, si ita sit. Dicitur autem confirmatio facta in forma speciali et dispositiva, quando enarrato toto tenore confirmati approbatur, recognoscitur et confirmatur a potestatem habente. Tunc enim, ex quo plene fuit informatus de facto et facti veritate et circumstantiis per instrumentum originale confirmati enarratum in confirmatione, non intelligitur confirmans conditionaliter et praesuppositive loqui, sed pure, impliciter et praecise[56]).

Als Grund jener Bestimmung des C. N. ist also anzusehen, daß, wenn die Bestätigung nicht mit der darin erforderten Genauigkeit ausgedrückt sei, der animus confirmandi nicht angenommen werden könne. Wie wir aber gesehen haben, erforderte das projet eine derartige Bestätigung nur bei absolut nichtigen Verbindlichkeiten.

56) §. 8. gl. 1 (in ver. denombrement) n. 84 - 89.

VI.

Ueber die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte des Minderjährigen.

I.

Der C. N. geht davon aus, daß der Minderjährige gegen die von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedürfe [1]). Auch sind die näheren Bestimmungen, welche er in Art. 1305 f. über die Anfechtbarkeit seiner Rechtsgeschäfte gibt, zum größten Theil der römischen Lehre von der in integrum restitutio entlehnt.

So wird vor Allem im Art. 1305 vorgeschrieben, daß der Minderjährige Aufhebung seiner Rechtsgeschäfte nur dann verlangen könne, wenn er dadurch eine Läsion erlitten habe; diese Läsion aber, setzt der Art. 1306 hinzu, muß auch die Folge seiner Minderjährigkeit sein, nicht in einem „événement casuel et imprévu“ seinen Grund haben [2]), so wie nach Art. 1310 der Minderjährige auch nicht gegen die aus seinen Delicten oder Quasidelicten ihm erwachsenden Verbind-

1) Siehe die zweite Abhandlung.
2) L. 11 §. 4. 5 D. de minoribus.

lichkeiten restituirt werden soll [3]). Wenn er nach erlangter Großjährigkeit das während seiner Minderjährigkeit abgeschlossene Rechtsgeschäft bestätigt, kann er dasselbe nicht mehr anfechten (Art. 1311) [4]). Auch die Vorschrift des Art. 1307: „La *simple* déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution“ entspricht ganz dem römischen Rechte, welches ebenfalls jene Erklärung nur dann als Hinderniß ansieht, wenn dem Minderjährigen ein dolus zur Last fällt, also sowohl den Fall ausschließt, wo er sich geirrt hat, als denjenigen, wo jene Erklärung „per iniuriam vel fallaciam adversarii“ hervorgerufen worden ist [5]). Der restituirte Minderjährige braucht das, was er von der Gegenparthei erhalten hat, nur dann herauszugeben, wenn ihm bewiesen wird, daß es in seinem Nutzen verwendet worden sei (Art. 1312) [6]).

Nicht aus dem römischen Rechte entlehnt sind die Bestimmungen der Art. 1308, 1309 und 1314. Der erste schreibt vor, daß der Handel oder ein Geschäft treibende Minder-

---

3) L. 9 §. 2 eod.

4) L. 3 §. 1 D. de minoribus, tit. C. si maior factus.

5) Tit. C. si minor se maiorem dixerit. Hauptsächlich an den zuletzt genannten Fall haben die Redactoren gedacht. Bigot im gesetzgebenden Körper: „La loi présume, que cette déclaration, dont la fausseté pouvait facilement être vérifiée sur les registres des actes de l'état civil, a été demandée par le créancier pour exclure l'action en restitution, et elle ne veut pas, qu'une pareille déclaration puisse être opposée. Si néanmoins celui, qui veut s'en prévaloir, prouvait, que le mineur l'a trompé, s'il prouvait par exemple, que ce mineur a représenté des actes faux, ce ne serait plus cette *simple* déclaration, dont il s'agit dans la loi“. Disc. publ. V. p. 79, cf. p. 167.

6) L. 27 §. 1, l. 47 §. 1 D. de minoribus. Der Art. 1312 erstreckt diese Regel, abweichend vom projet (III. 2. Art. 198) auch auf die Interdicirten und verheiratheten Frauen.

jährige gegen seine Handels- oder Geschäftsverbindlichkeiten keine Restitution verlangen könne [7]), der zweite, daß die von dem Minderjährigen in seinem Heirathsvertrage eingegangenen Verbindlichkeiten der Restitution nicht unterworfen seien, wenn er den Heirathsvertrag unter Assistenz derjenigen Personen abgeschlossen habe, deren Consens ihm auch zur Gültigkeit der Ehe nöthig sei [8]), endlich der Art. 1314, daß er in Beziehung auf Veräußerung von Immobilien und Erbtheilung als Großjähriger angesehen werden solle, wenn bei diesen Rechtsgeschäften die vom Gesetze vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden seien [9]).

II.

Es ist aber nun hier noch eine Reihe von Fragen zu beantworten, von welchen zwei zu den bestrittensten des französischen Rechtes gehören.

Die erste, durch den Art. 1311 hervorgerufen, theilt sich wieder in mehrere einzelne Fragen.

Der Art. 1311 schreibt, wie bereits im vorigen §. gesagt wurde, vor, daß jede während der Minderjährigkeit eingegangene Verbindlichkeit durch Bestätigung nach erlangter Großjährigkeit geheilt werden könne, und setzt dann hinzu:

---

7) Er muß aber emancipirt und von seinen Aeltern resp. dem Familienrathe zum Handel autorisirt sein. Art. 487, Code de commerce Art. 2. Die Bestimmung ist aus dem älteren Rechte entlehnt, jedoch forderte dasselbe weder Emancipation noch Autorisation.

8) „Habilis ad nuptias habilis ad omnia pacta nuptialia“ sagte das ältere Gewohnheitsrecht; nur gegen übermäßige Schenkungen wurde der Minderjährige restituirt. Malleville zu Art. 109, Pothier Communauté n. 103.

9) Diese Bestimmung ist neu. Näher davon unten.

„soit, que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution".

Es fragt sich nun zuerst, wodurch ein Rechtsgeschäft des Minderjährigen „nul en sa forme" werde. Einige behaupten, schon dadurch, daß er es allein, ohne Vertretung oder Autorisation seines Vormundes abgeschlossen habe, so Toullier, Demante, Troplong. Andere dagegen wollen eine formelle Ungültigkeit nur aus der Nichtbeachtung der besonderen Förmlichkeiten entstehen lassen, welche der C. N. für besondere Rechtsgeschäfte des Minderjährigen vorgeschrieben hat. Dahin gehören Delvincourt, Proudhon, Duranton, Boileux, Stabel.[10])

Es fragt sich sodann ferner, welche Bedeutung der formellen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte des Minderjährigen beizulegen sei. Dabei ist nun für unseren Standpunkt Folgendes zu bemerken. Die Verfasser des projet, aus welchem der Art. 1311 unverändert in den C. N. übergegangen ist, können die Nichtigkeit, welche sie in demselben von der Anfechtbarkeit unterscheiden, entweder als absolute, oder als relative gefaßt haben. Ist das Erste der Fall, so darf von einem besonderen Rechtsmittel zur Geltendmachung dieser Nichtigkeit nicht geredet werden. Ist das Zweite anzunehmen, so erzeugte diese Nichtigkeit im Sinne jener Verfasser die action tendant à faire déclarer nul un contrat. Diese hat nun zwar dadurch, daß sie vom Staatsrathe in die

---

10) Toullier handelt von der Handlungsunfähigkeit der Minderjährigen VI. n. 97 s. Demante in der Thémis V. p. 130. 131, Delvincourt II. p. 60 - 62, 373 - 375, Proudhon Cour de droit français II. p. 282 s., Duranton X. n. 264 s., Boileux II. p. 657 - 660, Zachariae II. §. 335b, Stabel §. 42. Was Troplong darüber gesagt hat, findet sich de la vente n. 166, des privilèges et hypothèques n. 487 s.

action en restitution aufgenommen worden ist, die Natur derselben angenommen, ist zur Anfechtungsklage geworden, aber ihre Voraussetzungen sind durch diesen Uebergang nicht verändert worden[11]. Und da nun derjenige, welcher ein Rechtsgeschäft als nichtig angreift, nicht zu beweisen braucht, daß er durch dasselbe verletzt worden sei, so ist auch noch für den C. N. zu behaupten, daß die action en nullité ou en rescision, welche der Art. 1304 dem Minderjährigen gibt, in allen den Fällen den Beweis einer Läsion nicht voraussetze, in welchen derselbe sie auf die formelle Ungültigkeit des von ihm angefochtenen Rechtsgeschäfts stützt, — wenn er nämlich ihrer dann überhaupt bedarf.

Was die Meinungen der Schriftsteller über diesen Punkt angeht, so haben sich die Meisten dahin ausgesprochen, daß die an einem Formfehler leidenden Rechtsgeschäfte des Minderjährigen zwar auch dann ungültig seien, wenn sie denselben nicht verletzten, aber auch nur für den Minderjährigen selbst. Dabei wird die Klage aus dieser formellen Ungültigkeit von den Verschiedenen noch verschieden aufgefaßt, bald als Nichtigkeits-, bald als Anfechtungsklage. Dieser Punkt bedarf aber nach dem in der zweiten Abhandlung Ausgeführten und in seinen Resultaten so eben kurz Wiederholten keiner weiteren Besprechung; ich stelle nur der Vollständigkeit wegen die verschiedenen Ansichten in der Note zusammen[12].

11) Siehe oben S. 144.

12) Proudhon l. c. und nach ihm Toullier (VI. p. 108 Note 1), und Troplong (des privilèges et hypothèques n. 492) geben dem Minderjährigen gegen Rechtsgeschäfte, welche an einem Formfehler leiden, die action en nullité, als Nichtigkeitsklage, gegen andere die action en rescision, als Anfechtungsklage. Es ist schon oben auf die Leichtigkeit aufmerksam gemacht worden, mit welcher Toullier und Troplong, die an anderen Stellen alle Anfechtbarkeit für den C. N. auf's Bestimmteste leugnen, hier zu der

Eben so wenig braucht nach jener Ausführung noch von einer Modification dieser Meinung geredet zu werden, welche Du-

entgegengesetzten Ansicht übergehen. Freilich empfiehlt sie sich gar sehr dadurch, daß sich aus ihr erklärt, warum der Minderjährige in einem Falle nach Art. 1305 den Beweis der Läsion zu erbringen habe, im andern nach Art. 1311 nicht. Delvincourt (II. p. 314) läßt sich eine solche Inconsequenz nicht zu Schulden kommen; er gibt dem Minderjährigen immer nur eine Nichtigkeitsklage, die ununterschiedene action en nullité oder action en rescision; aber man sieht ihm auch die Verlegenheit an, worin ihn die Rechtfertigung jenes Satzes versetzt. Er beruft sich darauf, daß es im Art. 457 heiße: »Le tuteur ne peut«.. Immobilien des Mündels ohne Beobachtung gewisser Förmlichkeiten verkaufen. Die Antwort liegt nahe, daß der Art. 1124 eben so bestimmt dem Minderjährigen im Allgemeinen alle »capacité de contracter« abspricht. Sodann, sagt er, liegt schon darin eine Läsion, daß der Minderjährige nun statt eines Grundstücks Geld hat, was der Vormund verschwenden kann. Er behauptet also, daß auch bei Formfehlern eine Läsion nachgewiesen werden müsse, sagt nur nicht, warum denn bei denselben eine Läsion anderer Art, als bei den der Form nach gültigen Rechtsgeschäften. Duranton (X. n. 287) sieht sich, wie Toullier und die mit ihm Genannten, darauf hingeführt, daß die der Form nach ungültigen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen nuls seien, im Gegensatze der bloß anfechtbaren, setzt aber, indem er sie für nuls erklärt, sogleich hinzu: »c'est-à-dire annulables, sans que le mineur ait besoin de justifier d'une lésion quelconque«. Ich halte diese Ansicht für richtig, nur hat Duranton nicht nachgewiesen, wie die Klage des Minderjährigen aus einem Formfehler, obgleich sie Anfechtungsklage ist, ursprünglich als Nichtigkeitsklage hat aufgefaßt und deswegen in ihr der Beweis der Läsion hat erlassen werden können. Demante (l. c.) hält die Klage des Minderjährigen in beiden Fällen für eine Anfechtungsklage, ist aber geneigt, dieselbe, wo sie auf einen Formfehler gestützt wird, action en nullité, sonst action en rescision zu nennen. Stabel (l. c.) beantwortet die Frage, welche Natur die Klage in beiden Fällen habe, nicht, setzt also nach seiner allgemeinen Theorie voraus, daß sie, obgleich eigentlich auf einer Nichtigkeit beruhend, Anfechtungsklage sei. Auch Bazeille hat jene Frage nicht beantwortet, er gibt also dem Minderjährigen immer die Nichtigkeitsklage; es scheint aber, als wenn er demselben, wo er

ranton[13]), Vazeille[14]) und die Codes français annotés[15]) für den Fall aufstellen, wo der Vormund (nicht der Minderjährige selbst) eins der Rechtgeschäfte, für welche besondere Förmlichkeiten vorgeschrieben sind, ohne Beobachtung derselben vorgenommen hat. Dann sei, behaupten sie, das Rechtsgeschäft anzusehen als von einem nicht gehörig Bevollmächtigten vorgenommen. Zwar könne sich auch dann auf seine Nullität nur der Minderjährige berufen, derselbe brauche es aber nicht anzufechten, sondern könne es als nicht existent behandeln, so daß ihm nur die gewöhnliche Verjährung der Klage auf Rückgabe des in Folge des Rechtsgeschäfts Verlorenen entgegengesetzt werden könne. Wir dürfen behaupten, daß, wenn in diesem Falle die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts wirklich nur eine relative ist, der Minderjährige sie auch mit der in zehn Jahren verjährenden action en nullité ou en rescision geltend machen müsse.

Der relativen Nullität gegenüber ist aber auch die absolute nicht ohne Anhänger geblieben. Jedoch ist sie nicht für den Fall, wo der Minderjährige ein Rechtsgeschäft, für welches das Gesetz keine besonderen Formen verlangt, nur ohne den Vormund abgeschlossen hat, und nur für einzelne der Fälle, wo besondere vom Gesetze vorgeschriebene Förmlichkeiten nicht beobachtet worden sind, behauptet worden.

Endlich ist auch die Meinung aufgestellt worden, daß der formellen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte des Minderjährigen eine besondere Bedeutung überhaupt nicht beizulegen sei, d. h.

Klage von ihm verlangt, auch immer den Beweis der Läsion auferlege.

13) III. n. 598. XII. n. 545.

14) Prescriptions n. 550. 551.

15) p. 727 n. 48. 49.

daß der Minderjährige, auch wenn er sich auf sie berufe, den Beweis einer Läsion beizubringen habe.

Darnach zerfällt diese erste, durch den Art. 1311 hervorgerufene Frage für unsere Untersuchung in folgende einzelne:

1) Wenn der Minderjährige eines der Rechtsgeschäfte, für welche das Gesetz keine besonderen Formen verlangt, ohne den Vormund vornimmt, ist dasselbe dann „nul en sa forme“ oder „seulement sujet à restution“, d. h. muß er dann bei der action en nullité ou en rescision (absolute Nullität hat hier Niemand behauptet) Läsion beweisen, oder nicht?

2) Wenn die besonderen Förmlichkeiten, welche das Gesetz für besondere Rechtsgeschäfte des Minderjährigen vorgeschrieben hat, nicht beobachtet worden sind, ist das Rechtsgeschäft dann absolut nichtig oder nur relativ, d. h. zwar mit der Klage des Art. 1304 anzugreifen, aber ohne daß Beweis der Läsion nöthig wäre?

3) Oder ist es auch in diesem Falle nur „sujet à restitution“, d. h. ohne Beweis der Läsion nicht anfechtbar?

Die zweite hier zu beantwortende Frage ist nicht weniger bestritten, als diese erste. Sie ist diese: In welchen Fällen sind die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen für gültig, für unangreifbar zu halten? Darauf geben Einige zur Antwort: schon dann, wenn er nur vom Vormunde gehörig vertreten worden ist. Andere dagegen wollen nur diejenigen Rechtsgeschäfte, für welche besondere Formen vorgeschrieben sind, durch die Beobachtung derselben unanfechtbar werden lassen; noch Andere endlich geben dies nur für einzelne dieser Rechtsgeschäfte zu.

Drittens endlich ist zu untersuchen: ob nicht der C. N. zwischen den Minderjährigen einen, der römischen Unterscheidung zwischen infantes und infantia maiores entsprechenden, Unterschied mache.

III.

Sind von der im Art. 1305 ausgesprochenen Regel, daß der Minderjährige seine Rechtsgeschäfte nicht anfechten könne, ohne Läsion zu beweisen, schon diejenigen auszunehmen, bei welchen er nur von seinem Vormunde nicht gehörig vertreten oder autorisirt worden ist [16])? Sind schon diese für nuls en sa forme im Sinne des Art. 1311 zu halten?

Es läßt sich nun nicht verkennen, daß es sehr nahe liegt, die Vertretung durch den Vormund als die vom Gesetze zum Schutze des Minderjährigen vorgeschriebene Form seiner Rechtsgeschäfte aufzufassen. Zugleich findet die Behauptung, daß der Mangel dieser Vertretung dieselben nichtig und also die Restitution überflüssig mache, in den Vorschriften des römischen Rechts eine Stütze. — Aber es läßt sich auch beweisen, daß die ältere Jurisprudenz diese Vorschriften nicht zur Anwendung gebracht, Nichtigkeit wegen Formmangels nur da anerkannt hat, wo Immobilien des Minderjährigen ohne richterliches Decret veräußert worden waren. Bis auf geführten Gegenbeweis darf daher nicht angenommen werden, daß der C. N. die Sache anders aufgefaßt habe.

Das römische Recht unterschied zwischen impuberes und denen, welche zwar puberes, aber minores XXV annis waren. Jene, (sobald sie infantia maiores waren, worauf es hier nicht

16) Der C. N. setzt voraus, daß der Vormund für den Minderjährigen handele. Art. 450. „Le tuteur représente le mineur dans tous les actes civiles“. Doch ist auch eigenes Handeln des Minderjährigen unter Autorisation des Vormundes in seinem Sinne nicht für unzuläßig zu halten. Im Folgenden wird der Kürze wegen nur von der Vertretung des Minderjährigen durch den Vormund gesprochen werden; welchem Ausdrucke ja auch ein solcher Sinn beigelegt werden kann (Jemanden gegen Schaden vertreten), daß er die Autorisation mit umfaßt.

ankommt,) konnten alle Rechtsgeschäfte, wodurch sie reicher wurden, gültig vornehmen, diejenigen, wodurch sie ärmer wurden, nur mit auctoritas tutoris; fehlte diese, so waren dieselben nichtig. Die puberes minores waren vollständig handlungsfähig; nur wenn sie einen curator hatten, konnten sie ohne Consens desselben nichts von ihrem Vermögen veräußern; jede Veräußerung ohne den Consens desselben war nichtig. Ob Obligirung ohne den Curator dieselbe Wirkung gehabt habe, ist streitig, jedoch braucht diese Controverse hier nicht entschieden zu werden. — Gegen jede an und für sich gültige Handlung aber ertheilte der Prätor dem impubes sowohl, als dem minor, in integrum restitutio.

In Frankreich wurde in den Ländern des geschriebenen Rechtes der Unterschied zwischen impuberes und minores festgehalten; jene standen unter tutelle, diese hatten einen curateur. Dagegen wurde derselbe in den Ländern des Gewohnheitsrechts durch die germanische Rechtsansicht verdrängt; die Pubertät änderte hier an der rechtlichen Stellung des Unerwachsenen nichts; er stand nach wie vor unter tutelle, welche nach den meisten coutumes, namentlich auch nach der von Paris, mit dem 25. Jahre, nach anderen früher, endigte. Der Name für den unter Vormundschaft Stehenden war mineur[17]. Den Bestimmungen des C. N. liegt das droit coutumier, im Besonderen das der coutume von Paris, zu Grunde.

17) Domat lois civiles I. liv. 2. tit. 1 préamb., Argou I. p. 63, Serres ad pr. J. quibus modis tutela (p. 85). Ferrieres dictionnaire de droit s. v. mineur: „Quoique regulièrement par mineur on entend celui, qui n'a point encore accompli sa 25ième année, soit qu'il soit pubère ou non, cependant en pays de droit écrit on entend par mineur celui, qui est pubère et qui n'a pas encore accompli sa 25ième année, et on entend par pupille celui, qui est sous l'autorité d'un tuteur et qui en doit sortir, lorsqu'il sera parvenu à l'age de puberté".

In demselben wurde nun, wie in ganz Frankreich, der Satz: „les voies de nullité n'ont point de lieu en France" auch auf die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte des Minderjährigen angewendet, und insofern konnte man sagen, daß der Minderjährige in allen Fällen nur Restitution gegen dieselben verlangen könne. Aber trotz dieser Regel unterschied man doch, wie schon oben bemerkt wurde, sehr wohl zwischen den Fällen, in welchen das Rechtsgeschäft nichtig ipso iure sei, und denen, in welchen es schon nach römischem Rechte nur durch in integrum restitutio umgestoßen werden könne, und wie die spätere Jurisprudenz strebte, in Fällen der ersteren Art die Nothwendigkeit der lettres de rescision überhaupt auszuschließen, so bezweifelte sie den Satz nicht, daß in denselben die römischen Regeln von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zur Anwendung gebracht werden dürften, namentlich also von dem Klagenden der Beweis einer Läsion nicht zu fordern sei.

In welchen Fällen schrieb man nun den Rechtsgeschäften des Minderjährigen eine solche ipso iure eintretende Nullität zu?

Man könnte es wahrscheinlich finden, daß man das für den römischen impubes Geltende auf den pubes minor, als derselben tutelle Unterworfenen, ausgedehnt, also angenommen habe, daß jede Aufopferung des mineur ohne Consens des Vormundes nichtig sei. Von der anderen Seite kann man sich aber auch darauf berufen, daß auf den impubes der Name „mineur" angewendet worden sei, und darin ein Zeichen finden, daß man das für den römischen minor Geltende auf ihn übertragen habe. Und so ist es in der That. Man faßte also den mineur auf als an und für sich fähig, ein jedes Rechtsgeschäft abzuschließen und ihm juristische Existenz zu geben. Aber man ging noch weiter, und nahm an, daß er diese Fähigkeit auch durch die Vormundschaft, unter welcher er stehe, nicht verliere. Diese Ansicht scheint aber weniger in bewußter

Opposition gegen das römische Recht aufgestellt worden, als dadurch entstanden zu sein, daß man die in der Regel einen minor sine curatore voraussetzenden Bestimmungen desselben mit Uebersehung der l. 3 C. de I. I. R. auf den unter Vormundschaft stehenden mineur übertrug. Wie dem auch sei, die Sache selbst wird durch folgende Zeugnisse zur Genüge bewiesen.

Domat, welcher unter den Handlungsunfähigen nur die mineurs, d. h. „ceux des deux sexes, qui n'ont pas encore 25 ans accomplis, quoiqu'ils soient adultes"[18]), nennt[19]), die Impubertät nur als Hinderniß der Eingehung einer Ehe ansieht[20]), gibt diesen mineurs als Rechtsmittel gegen ihre sie beschwerenden Rechtsgeschäfte einzig die römische in integrum restitutio[21]). Daß er sie sich als allein handelnd denkt, geht nicht nur aus den von ihm fortwährend citirten, dies voraussetzenden, Stellen des römischen Rechts, sondern auch namentlich aus der Bemerkung hervor, daß der Minderjährige durch den Hinzutritt des Vormundes sein Recht auf Restitution nicht verliere[22]). Allerdings kennt er eine Ausnahme von der Regel, daß der Minderjährige Restitution bedürfe, aber dieselbe findet nach ihm nur dann Statt, wenn dessen Immobilien ohne richterliches Decret veräußert worden sind[23]).

Das Institutionencompendium von Argou spricht in der

18) Lois civiles I. liv. prél. tit. 2. n. 9.

19) Ib. I. liv. 1 tit. 1 sect. 5 n. 5; liv. 1 tit. 18 préamb.

20) Ib. I. liv. prél. tit. 2 sect. 2 n. 8.

21) Ib. I. liv. 4. tit. 6 sect. 2.

22) Ib. I. liv. 4 tit. 6 sect. 2 n. 19.

23) l. c. n. 24. „Les loix n'ont pas seulement pourvû à la restitution des mineurs, mais elles ont de plus défendu l'aliénation de leurs biens immeubles. Et quand il ne se trouveroit pas de lésion dans la vente d'un fonds d'un mineur, il seroit relevé par la seule raison de n'avoir des biens, qu'il lui est plus utile de conserver, que d'en avoir le prix.

Lehre von den Personen ebenfalls nur von den mineurs de vingt-cinq ans, ohne unter ihnen die puberes und impuberes zu unterscheiden, und gibt als ihr eigenthümliches Privilegium an: „qu'ils sont restitués contre tous les actes, qu'ils ont passés et dans lesquels ils ont été lézés“ [24]. In der Lehre von der Restitution [25]) sodann bemerkt er, daß (im Gegensatze gegen das französische Recht, in welchem er der Regel „les voies de nullité etc.“ unbedingte Geltung zuschreibt,) nach römischem Rechte die Restitution dann nicht nöthig gewesen sei, „lorsque l'acte, qui avait été passé, était nul par lui-même“, und nennt als Beispiel dazu nicht den Fall, wo der Minderjährige ohne den Vormund gehandelt habe, sondern den, wo seine Immobilien ohne richterliches Decret veräußert worden seien.

Ebenso lehrt Ferrieres [26]), daß die Veräußerung von Immobilien des Minderjährigen, wenn man dabei die gesetzlichen Formen nicht beobachtet habe, ipso iure nichtig, sonst der Restitution unterworfen sei, und fährt dann fort: „A l'égard des obligations contractées par le mineur sans être assisté de son tuteur ou curateur, elles ne sont pas nulles ipso iure, mais elles peuvent être cassées et annullées en cas de lézion“.

Die Darstellung in dem Institutionencompendium von Serres steht auf dem Standpunkte des droit écrit [27]); er unterscheidet demnach fortwährend zwischen pupilles und mineurs. Aber selbst bei ihm sucht man vergebens nach einer Stelle, in welcher die von dem pupille ohne den Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte für nuls de plein droit erklärt

24) Liv. I. ch. 7.
25) Liv. IV. ch. 14.
26) Coutume de Paris III. p. 507 n. 11.
27. Serres war Professor des französischen Rechts in Montpellier, und nimmt in seiner Darstellung besondere Rücksicht auf die Praxis des Parlaments von Toulouse.

würden. Vielmehr geht das Gegentheil aus den Bemerkungen hervor, welche er zu §. 2 J. quibus alienare (Nunc admonendi sumus, neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse) macht [28]), in welchen er es als etwas Besonderes hervorhebt, daß die ohne richterliches Decret geschehene Veräußerung von Immobilien des Pupillen „absolument nulle“ sei, „quand même les biens auraient été vendus à leur juste prix“. Und wenn er an derselben Stelle die Ausnahmen von der Regel „minor non restituitur tamquam minor, sed tamquam laesus“ aufzählt, und darunter „le cas de l'aliénation des biens du mineur faite sine decreto iudicis par lui ou par son *tuteur* ou curateur“ nennt, so kann er dabei, eben weil er vom „tuteur“ spricht, nicht bloß an den minor pubes, sondern muß auch an den minor impubes, welchen er sonst pupille nennt, gedacht, also vorausgesetzt haben, daß auch für ihn jene Regel gelte, und in dem Falle, wo er bloß von seinem Vormunde nicht vertreten worden sei, welchen er unter den Ausnahmen derselben nicht nennt, ihre Gültigkeit behalte.

Bedeutendes Gewicht ist hier auf Pothier zu legen, weil er in der Regel das römische Recht reiner wiedergibt, als die übrigen Schriftsteller. Aber auch er unterscheidet nur zwischen Kindern, welche noch nicht den Gebrauch ihrer Vernunft haben, und denjenigen „mineurs sous puissance de tuteur“, welche begreifen können, was sie thun. Von den letzteren sagt er, daß das Gesetz ihnen das „bénéfice de la rescision contre les actes, dans lesquels ils ont été lésés,“ gebe [29]).

Der Verfasser des Artikels mineur in Merlin's Répertoire [30]) wirft Alles durcheinander. Er stellt gerade die Frage,

28) p. 197.
29) Traité des obligations n. 49 - 52.
30) §. 1 n. 3.

um welche es sich hier handelt: un mineur en pays coutumier peut-il contracter ou s'obliger sans être assisté de son tuteur? Er beantwortet sie zunächst, mit Bezugnahme auf l. 44 D. de minoribus, welche Pubertät des Handelnden voraussetzt, dahin, daß das von dem Minderjährigen ohne den Vormund abgeschlossene Rechtsgeschäft nur in so fern annullirt werden könne, als dadurch der Minderjährige Schaden gelitten habe. Dasselbe folge, sagt er sodann, aus l. 16 pr. D. de minoribus, in welcher es heiße, daß der Richter, bevor er die Restitution ertheile, zusehen müsse, „s'il n'y a pas de moyens de nullité contre l'acte, comme si le pupille a contracté sans l'autorité de son tuteur *et qu'il ne se soit pas enrichi*". Hier stellt er also den durch sein Rechtsgeschäft nicht Bereicherten dem römischen impubes, wie so eben dem römischen minor gleich. Aber derselbe lehrt auch, daß nach römischem Rechte die impuberes absolut handlungsunfähig, auch zu den ihnen vortheilhaften Rechtsgeschäften, gewesen seien [31]). Auf jeden Fall ist diese Meinung, wenn sie überhaupt der der übrigen Schriftsteller entgegengesetzt werden darf, eine ganz vereinzelte; und wenn daher in einer andern Stelle desselben Artikels [32]) der Verfasser desselben sagt, daß lettres de rescision nicht nothwendig seien, wenn das Rechtsgeschäft des Minderjährigen nul dans la forme, z. B. (comme) ohne Tutor oder Curator vorgenommen worden sei, dann aber hinzufügt: „cependant, quoique la verité de ce principe soit universellement reconnu, il est bien rare dans la pratique, qu'on n'ait pas recours aux lettres de rescision, dont on demande en tant que de besoin l'entérinement", so dürfen wir uns zu der Annahme für berechtigt halten, daß die Praxis bei den nur ohne Vormund vorgenommenen Rechtsgeschäften des

---

31) ibid. §. 1 n. 2.
32) §. 9 n. 1.

Minderjährigen (im Gegensatz der ohne richterliches Decret geschehenen Veräußerung seiner Immobilien) lettres de rescision nicht wegen der Regel: „les voies de nullité n'ont pas de lieu en France“, sondern deswegen für nöthig gehalten habe, weil dieselben nicht ipso iure nichtig seien[33]).

IV.

Nach dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten darf man annehmen, daß auch die Redactoren des C. N. für nuls dans la forme nur diejenigen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen gehalten haben, bei welchen besondere vom Gesetze vorgeschriebene Förmlichkeiten nicht beobachtet worden sind, und daß demnach die Bestimmung des Art. 1305: „la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre toutes sortes de conventions“ Vertretung durch den Vormund nicht voraussetze. Man darf dies so lange annehmen, als sich nicht aus andern Gründen ergibt, daß die Redactoren in dieser Lehre von einem in der Jurisprudenz, welche sie vorfanden, anerkannten Satze haben abweichen wollen.

Solche Gründe haben die Schriftsteller, welche die hier bekämpfte Meinung vertheidigen, allerdings beigebracht[34]). Ich glaube aber, daß dieselben ohne Mühe zu widerlegen sind.

---

33) Wie Troplong (Vente n. 166) allen angeführten Zeugnissen gegenüber den Satz rechtfertigen will, daß im älteren Rechte jede von dem Minderjährigen ohne seinen Vormund eingegangene Verbindlichkeit nichtig ipso iure gewesen sei, sehe ich nicht. S. auch unten Note 50.

34) Toullier VI. 106, Troplong Vente n. 166, Hypothèques n. 492, Demante in der Themis V. p. 137 Note 1. Was die Praxis angeht, so finde ich unter den bei Sirey verzeichneten Urtheilen nur zwei, welche diesen Fall behandeln, das des Hofes von Bastia vom 26. May 1834 (S. XXXV. 2. 27) und das des Cassationshofes vom 18. Juni 1844 (S. XLIV. 1. 497). Beide haben entschieden, daß die ohne den Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen nur anfechtbar wegen Läsion

Vor Allem beruft man sich auf den Art. 1124, welcher den Minderjährigen für „incapable de contracter" erklärt. Wer nicht contrahiren kann, der bringt, sagt man, wenn er dennoch contrahirt, nichts zu Stande, nihil agit. — Aber warum soll nicht auch derjenige handlungsunfähig genannt werden können, welcher ein Rechtsgeschäft zwar an und für sich zu Stande bringen, aber es wieder umstoßen kann, sobald er beweist, daß er dadurch verletzt worden sei? Wer die Möglichkeit davon bestreitet, traut dem C. N. eine Schärfe der Begriffsbestimmung zu, welche ihm sonst nicht eigen ist. — Doch ist dies nicht die einzige Antwort gegen jene Interpretation des Art. 1124; Folgendes wird sie vollständig widerlegen.

Erstens wird die Incapacität des Minderjährigen von dem C. N. selbst in dem auf den Art. 1124 unmittelbar folgenden Artikel näher bestimmt. Es heißt in demselben, daß die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen nur von ihm, nicht von dem andern Contrahenten angegriffen werden können, und zwar „dans les cas prévus par la loi . .". Er verweist also auf eine nähere Angabe der Voraussetzungen, unter welchen dem Minderjährigen das Anfechtungsrecht zustehen soll. Und wo ist diese Angabe zu finden, wenn nicht im Art. 1305? — Toullier freilich weiß eine andere Antwort zu geben. Für die verheirathete Frau, sagt er, welche ebenfalls in der Vorschrift des Art. 1124 begriffen ist, sind die cas prévus par la loi diejenigen, wo sie von ihrem Ehemanne nicht autorisirt worden ist, also sind es für den Minderjährigen diejenigen, wo er ohne den Vor-

---

seien. Das von Zachariae (II. §. 335b Note 3) citirte Urtheil des Hofes von Toulouse vom 13. Februar 1830 (S. XXXI. 2. 314) bezieht sich auf ein nicht unter der Herrschaft des C. N. abgeschlossenes Rechtsgeschäft, ebenso das Cassationsurtheil vom 5. germinal XIII. (S. V. 2. 461).

mund gehandelt hat. Dürfte so geschlossen werden, so würde es nicht viel geben, was nicht bewiesen werden könnte.

Zweitens hat uns einer der Redactoren über den Sinn des Art. 1124 Aufschluß gegeben. Bigot äußerte sich im Corps législatif über die Lehre von der Handlungsunfähigkeit folgendermaßen[35]: „Les causes d'incapacité sont ou dans la présomption, que ceux, qui contractent, n'ont pas un discernement suffisant, ou dans des considérations d'ordre public. Ainsi les mineurs sont regardés à cause de la faiblesse de leur raison et à cause de leur inexpérience comme incapables de connaître l'étendu de leurs engagemens; on peut contracter avec eux, mais, *s'ils sont lésés*, on est censé d'avoir abusé de leur age. *Leur capacité cesse pour tout acte, qui leur est préjudiciable*... La loi n'admettant l'interdiction que pour cause de démence, il est évident, que les interdits sont incapables de s'obliger..".[36]

Wenn man ferner die Unfähigkeit des Minderjährigen, ohne den Vormund ein Rechtsgeschäft überhaupt zu Stande

35) Disc. publ. V. p. 11.

36) Die „Codes Français annotés (p. 726. 727, n. 18-28) wollen den Widerspruch, welchen sie zwischen den Art. 1305 und 1124 anerkennen, folgendermaßen lösen. Allerdings, sagen sie, ist der Minderjährige unfähig, z. B. eine Sache zu veräußern; deswegen ist die Veräußerung „nulle“ und der Minderjährige kann sie anfechten, ohne Läsion zu beweisen. Hat er aber den Preis der Sache in Empfang genommen, „il s'est rendu non-recevable à exciper de la nullité et la question se réduit alors à savoir, s'il y a eu lésion dans la fixation du prix“. Man müsse daher unterscheiden zwischen dem Falle, wo der Vertrag noch nicht vollzogen und demjenigen, wo in Folge desselben bereits geleistet worden sei. Wenn im ersten Falle der Minderjährige auf Vollzug belangt werde, könne er die Klage durch bloße Berufung auf seine Minderjährigkeit abweisen, ohne Läsion beweisen zu müssen, wenn er aber im zweiten Falle seine Sache zurückfordere, müsse er den Nachweis liefern, daß er zu wenig dafür erhalten habe.

zu bringen, auf die Bestimmung des Art. 450: „le tuteur représentera le mineur dans tous les actes civils“, stützt, so ist darauf zu antworten, daß aus dieser Bestimmung doch keine andere Handlungsunfähigkeit des Minderjährigen hergeleitet werden kann, als die im Art. 1124 ausdrücklich verfügte, und mit Fug nicht einmal diese, da der C. N. an der Stelle, wo jener Artikel sich findet, nur von den Befugnissen des Vormundes, nicht von der rechtlichen Stellung des Minderjährigen handelt. Und wenn man geltend macht, daß es im Art. 509 heiße: „l'interdit est assimilé au majeur pour sa personne et ses biens“, so beweisen die folgenden Worte desselben: „les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits“, daß auch hier nur an die Bevormundung des Interdicirten und die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse, keineswegs aber an seine Handlungsfähigkeit, wovon der C. N. erst an einer ganz andern Stelle spricht, gedacht worden ist.

Sehr viel Gewicht legt Troplong auf den Art 484. In dem ersten §. desselben wird gesagt, daß der emancipirte Minderjährige bei allen Handlungen, welche nicht Verwaltungshandlungen seien, dieselben Förmlichkeiten zu beobachten habe, wie der nicht emancipirte, und sodann im §. 2 hinzugefügt: „A l'égard des obligations, qu'il aurait contractées par voie d'achat ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès; les tribunaux prendront à ce sujet en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes, qui auraient contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses“. In diesem zweiten Paragraphen, sagt Troplong, soll offenbar der emancipirte Minderjährige dem nicht emancipirten entgegengesetzt werden, wie er ihm im ersten gleichgestellt wird; daher müssen die in demselben bezeichneten Rechtsgeschäfte, wenn der nicht Emancipirte sie vornimmt, nicht bloß rédu-

ctibles en cas d'excès, sie müssen also nichtig sein. — So scheinbar dieser Schluß ist, so wenig darf er gemacht werden. Der §. 2 des Art. 484 spricht nicht von der Restitution wegen Verletzung, sondern von der Reduction der von dem Emancipirten contrahirten Verbindlichkeiten wegen Uebermaaßes, nicht von dem Falle z. B., wo er Gegenstände zu theuer gekauft, sondern von dem, wo er auf den Ankauf dieser ihrem wahren Werthe nach bezahlten Gegenstände eine unverhältnißmäßige Summe verwendet hat. Die Geschichte dieses Artikels beweist das unwidersprechlich. In dem ersten projet[37]) und selbst noch in der dem Staatsrathe von seiner Gesetzgebungssection vorgelegten Redaction desselben war dem Emancipirten die Befugniß gegeben, über die Einkünfte eines Jahres frei zu verfügen; im Staatsrathe wurde diese Bestimmung als zu wenig elastisch angegriffen und so die jetzige an ihre Stelle gesetzt[38]). Der Gegensatz also, welcher im §. 2. des Art. 484 gemacht wird, ist dieser: der Emancipirte kann die von ihm durch Kauf oder sonst contrahirten Verbindlichkeiten nur deswegen anfechten, weil sie zu seinem Vermögen und zu seiner Lage in keinem Verhältnisse stehen, der nicht Emancipirte nicht bloß deswegen, (insofern auch darin eine Läsion liegt,) sondern auch wegen der Unverhältnißmäßigkeit der eingegangenen Verbindlichkeit und des dafür Empfangenen[39]).

In dem Gesagten liegt theilweise auch schon die Widerlegung eines anderen Argumentes, welches Troplong aus dem Art. 485 für seine Meinung herleitet. Nach demselben

---

37) I. 9. Art. 108. 109.

38) Disc. part. III. p. 95.

39) Kurz vorher gibt Troplong den Gegensatz zwischen der gewöhnlichen Restitution und der Reduction des Art. 484 selbst zu, ja beruft sich darauf.

kann dem Emancipirten die Wohlthat der Emancipation wieder entzogen werden, wenn er in den Fall gekommen ist, sich auf den Art. 484 berufen zu müssen. Dadurch, sagt Troplong, soll er offenbar eine Minderung seiner Handlungsfähigkeit erleiden. Wie läge aber darin eine Minderung derselben, wenn er auch nachher, wie früher, seine Handlungen nur im Wege der in integrum restitutio angreifen könnte? — Eine Minderung liegt darin schon insofern, als er nun, wie gesagt, über keinen Theil seines Vermögens mehr verfügen kann, ohne den vollen Werth dafür zu empfangen; dann aber auch insofern, als er nun auch nicht mehr Verwaltungshandlungen gültig vornehmen kann, wozu der Emancipirte nach Art. 481 allerdings das Recht hat; endlich aber — und das ist die Hauptsache — auch insofern, als ihm nun selbst die factische Disposition über sein Vermögen wieder entzogen wird.

Ein nicht unscheinbares Argument leitet Demante aus dem Art. 1990 her. „Les femmes", heißt es hier, „et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; mais le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur, que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs, et contre la femme mariée et qui a accepté le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux". Man scheint also a contrario schließen zu müssen, daß der nicht emancipirte Minderjährige gar nicht Mandatar sein, d. h. also, daß er durch die Uebernahme eines Mandats gar keine Verbindlichkeit contrahiren könne. — Der Schluß, daß er nicht Mandatar sein könne, trifft auch das von den Redactoren Gewollte, nur können dieselben dieser Unfähigkeit nicht die hier supponirte Bedeutung beigelegt haben. Denn dieselbe Bedeutung schreiben sie der Ungültigkeit des von der Frau übernommenen Mandats zu; die Rechtsgeschäfte, welche sie ohne Autorisation ihres

Mannes vornimmt, leiden nach der ursprünglichen Auffassung des projet, in welcher auch dieser Artikel niedergeschrieben worden ist, an einer relativen Nichtigkeit, erzeugen die action tendant à faire déclarer nul un contrat. Daher muß jenes: „les femmes mariées et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires“ einen andern Sinn haben, als den: Frauen und Emancipirte sind aus dem von ihnen übernommenen Mandate an und für sich verpflichtet, und dieser Sinn ist dieser: Frauen und emancipirte Minderjährige verpflichten den Auftraggeber demjenigen gegenüber, mit welchem sie in Folge des übernommenen Auftrags contrahiren. Die Discussionen lassen daran keinen Zweifel[40]. Indem nun dies von dem nicht emancipirten Min-

---

40) Die Redner der Regierung und des Tribunats im gesetzgebenden Körper, wie der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats, haben sich darüber einstimmig ausgesprochen. Disc. publ. VI. p. 286. 296. 310. Am beweisendsten aber ist die Disc. part. VI. p. 274. Das Tribunat hatte, eben von der falschen, hier abgewiesenen Auffassung des Art. 1990 ausgehend, folgende Bemerkung gemacht: „La section propose la suppression entière de cet article. Il ne fait que rentrer dans les dispositions générales des lois relatives aux engagemens des mineurs et des femmes mariées, d'après lesquelles ces engagemens sont nuls à leur égard, quoqu'ils soient valides par rapport à ceux, qui ont contracté avec eux, si ce n'est dans les cas déterminés, dans lesquels les engagemens lient aussi les mineurs et les femmes mariées. La disposition de cet article devient inutile, et ce qui le prouve, c'est qu'on est obligé de s'en référer aux lois déjà existantes. On peut donc s'en tenir aux principes généraux consignés dans le Code sur les engagemens des mineurs et des femmes mariées“. Ueber die Gründe, welche im Staatsrath diesem Einwande entgegengesetzt worden ist, findet sich in der „Conférence“ l. c. folgende Bemerkung: „L'observation était juste relativement aux obligations, que le mandat engendre entre le commettant et le mandataire; mais non relativement à celles, qui sont contractées entre le mandataire (d. h. dem Mandanten durch den Mandatar, da ja der

derjährigen geleugnet wird [41]), wird ihm allerdings eine weit geringere Handlungsfähigkeit zugeschrieben, als dem emancipirten und der verheiratheten Frau, aber zugleich eine so geringe, daß dieselbe auf andere Rechtsverhältnisse desselben nicht übertragen werden darf. Denn da der Art. 1990 den Minderjährigen nicht zu seinem Schutze für handlungsunfähig erklärt, vielmehr seine Handlungen als auch für Andere nicht existirend betrachtet, so würde man durch eine solche Uebertragung zu dem mit dem Art. 1125 in geradem Widerspruche stehenden Resultate gelangen, daß auch der mit dem Minderjährigen Contrahirende, so wie jeder Dritte, sich auf die Ungültigkeit des mit ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts berufen könne.

Ein anderer Grund, welcher gegen die hier vertheidigte Ansicht aus den Art. 481 f. hergeleitet werden könnte, kann erst unten klar gemacht und widerlegt werden.

V.

Für nuls en sa forme im Sinne des Art. 1311 sind also nur diejenigen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen zu halten, bei welchen die besonderen für sie vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet worden sind. Besondere Förmlichkeiten dieser Art erforderte das ältere französische Recht nach dem Vorgange des römischen nur für die Veräußerung und

Mandatar selbst dem Dritten gegenüber nicht verpflichtet wird) et le tiers désigné dans le mandat. Ces dernières sortent de la règle générale“.

41) Duranton (XVIII. n. 212) und nach ihm Zachariae (II. §. 411 Note 3) wollen das nicht zugeben; aber ich sehe nicht, wie dem Schlusse a contrario hier entgangen werden kann. Delvincourt (II. p. 598) begnügt sich damit, sein Befremden darüber auszudrücken, daß man Emancipation zur gültigen Vertretung verlangt habe.

Verpfändung der Immobilien des Minderjährigen; der C. N. aber ist in der Sorge für ihn weiter gegangen, und hat auch andere seiner Rechtsgeschäfte mit gleichem Schutze umgeben.

Es fragt sich nun, ob die Nichtbeachtung dieser Formen bloß eine relative oder ob sie eine absolute Nullität begründe, ob bloß der Minderjährige, oder ob auch der andere Contrahent und jeder Dritte sich darauf berufen könne.

Der C. N. gibt die hierher gehörigen Vorschriften nicht in der Lehre von der Handlungsfähigkeit des Minderjährigen, sondern in der Lehre von den Rechten und Pflichten des Vormundes, in derjenigen Section des 2. Kapitels des von der Vormundschaft handelnden Titels, welche überschrieben ist: „de l'administration du tuteur"; welcher Ausdruck aber hier, anders wie das römische gestio, die Vertretung des Minderjährigen mit umfaßt. In Beziehung auf letztere heißt es nun im Art. 450: „le tuteur représentera le mineur dans tous les actes civils"; in späteren Artikeln sodann werden gewisse Rechtsgeschäfte aufgezählt, welche der Vormund für den Minderjährigen nur mit Beobachtung gewisser Förmlichkeiten abschließen könne. Es sind folgende:

Veräußerung der Mobilien, welche der Vormund im Vermögen des Minderjährigen vorfindet. Art. 452. „Dans le moi, qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature".

Darlehn, Verpfändung und Veräußerung von Immobilien. Art. 457. „Le tuteur.. ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille". Diese Autorisation muß vom Gerichte bestätigt werden und der Verkauf

öffentlich geschehen (Art. 458, 459). Geschieht die Veräußerung in Folge eines Theilungsurtheils, so ist bloß Oeffentlichkeit des Verkaufs erforderlich (Art. 460).

Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft. Art. 461. „Le tuteur ne pourra accepter ni repudier une succession échue au mineur sans une autorisation préalable du conseil de famille". Vergl. Art. 776.

Annahme einer Schenkung. Art. 463. „La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille". Vergl. Art. 935.

Erbtheilung. Art. 466. „Pour obtenir à l'égard du mineur tout effet, qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être fait en justice.... Tout autre partage ne sera considéré que comme provisionel". Vergl. Art. 838—840[42]).

Vergleich. Art. 467. „Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille et l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur impérial au tribunal de première instance". Außerdem ist zur Gültigkeit des Vergleichs gerichtliche Bestätigung erforderlich[43]).

An und für sich können nun diese Vorschriften einen doppelten Sinn haben. Sie können Ausnahmen von der allgemeinen Regel des Art. 450 begründen, also sagen wollen, daß der Vormund bei den in ihnen genannten Rechtsgeschäften erst durch die Beobachtung der bezeichneten Förmlichkeiten fähig werde, den Minderjährigen zu represéntiren, daß diese Rechtsgeschäfte,

42) Dem Minderjährigen sind in dieser Beziehung die Abwesenden gleichgestellt. Art. 840.

43) In den Art. 464 und 465 wird noch vorgeschrieben, daß der Vormund ohne Autorisation des Familienraths keine Immobilarklage anstellen oder derselben Statt geben, noch auf Theilung klagen könne. Hier ist nur von Rechtsgeschäften die Rede.

von ihm ohne die Beobachtung jener Förmlichkeiten abgeschlossen, als Rechtsgeschäfte des Minderjährigen überhaupt nicht anzusehen seien. Dann kann dieser durch dieselben nicht nur nicht verpflichtet werden, sondern auch nicht erwerben. Sie können aber auch sagen wollen, daß der Vormund diese Rechtsgeschäfte ohne Beobachtung jener Formen nicht auf eine für den Minderjährigen verbindende Weise zu Stande bringen könne, wenn sie auch nach der Regel des Art. 450 als Rechtsgeschäfte des Minderjährigen wirklich anzusehen seien. Der Ausdruck „ne peut“ ist dieser Deutung hier so gut fähig, wie im Art. 217, wo es heißt: „La femme... ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit“.

Welchen Sinn haben diese Vorschriften denn wirklich?

Man hat geglaubt, diese Frage mit einer einfachen Hinweisung auf die Bestimmung des Art. 1125: „les obligations contractées par les mineurs ne peuvent être attaquées que par eux“ erledigen zu können. Dem darf auch nicht entgegengesetzt werden, daß der Art. 1125 von Handlungen des Minderjährigen, nicht des Vormundes spreche. Denn da der Art. 1125 nur eine nähere Bestimmung der im Art. 1124 im Allgemeinen verfügten Handlungsunfähigkeit des Minderjährigen („les mineurs sont incapables de contracter“) enthält, so müßte man, wenn man ihn ausschließlich auf den allein handelnden Minderjährigen beziehen wollte, dieselbe Beschränkung für den Art. 1124 behaupten, also in ihm den Satz ausgesprochen finden, daß die mit dem Vormunde oder durch den Vormund eingegangenen Verbindlichkeiten des Minderjährigen unanfechtbar seien; welchen Satz, wie unten noch näher nachgewiesen werden soll, der C. N. nicht anerkennt. Vielmehr ist anzunehmen, daß die Art. 1124 und 1125 im Allgemeinen über Minderjährige betreffende Rechtsgeschäfte bestimmen wollen, ohne

auf die Frage näher einzugehen, wie sie zu Stande kommen. — Von der andern Seite ist es aber auch gewiß, daß der Art. 1124 alle den Minderjährigen betreffende Rechtsgeschäfte nicht umfaßt; denn er erklärt denselben für überhaupt handlungsunfähig, während er doch nach Art. 1314 bestimmte Rechtsgeschäfte, wenn sie mit Beobachtung der vorgeschriebenen besonderen Förmlichkeiten abgeschlossen worden sind, nicht anfechten kann. Bezieht aber der Art. 1124 sich auf diese ausgenommenen Fälle nicht, so ist auch für den Art. 1125 die gleiche Möglichkeit nicht zu leugnen. Die gleiche Möglichkeit, sage ich; weiter ist nicht zu gehen; nothwendig ist es nicht, der Bestimmung der Art. 1125 diese Fälle zu entziehen. Denn es läßt sich sehr wohl denken, daß die Redactoren bei der Abfassung des Art. 1124 die Ausnahme, in welcher der Minderjährige nicht handlungsunfähig ist, allerdings im Auge gehabt und von ihr nur an dieser Stelle, wo es ihnen zunächst auf die Regel ankam, nicht haben reden wollen. Dann steht der Annahme nichts im Wege, daß sie die nähere Bestimmung der Handlungsunfähigkeit des Minderjährigen, welche sie im Art. 1125 geben, auch auf die Fälle bezogen haben, in denen die Voraussetzung jener Ausnahme nicht eingetreten und der Minderjährige daher wieder der Regel gemäß handlungsunfähig ist. Obgleich doch selbst unter dieser Voraussetzung die Annahme möglich bleibt, daß sie für die Fälle, wo besondere Formen nicht beobachtet worden sind, etwas Besonderes als geltend betrachtet und dieses Besondere nur hier aus demselben Grunde nicht haben aussprechen wollen, aus welchem sie auch im Art. 1124 nur die Regel aufstellen. Und von der anderen Seite ist es doch ebenso denkbar, und bei der Weise, in welcher der C. N. abgefaßt ist, fast wahrscheinlicher, daß die Redactoren, als sie die Regel des Art. 1124 aufstellten, an die außergewöhnlichen Fälle, in welchen sie nicht gilt, nicht gedacht haben; dann

darf auf diese Fälle auch die Bestimmung des Art. 1125 auf keinen Fall bezogen werden.

Der Art. 1125 ist also nicht im Stande, unserer Frage eine unzweifelhafte Lösung zu geben; doch kommt dem Gewichte, welches man ihm zugestehen zu müssen der Ansicht sein mag, eine allgemeine Betrachtung der Natur des hier vorliegenden Falles zur Hülfe. Der nächste Grund, für bestimmte besonders wichtige Rechtsgeschäfte des Minderjährigen besondere Formen zu verlangen, war doch für das Gesetz das Interesse des Minderjährigen; warum sollte es dasselbe nicht auch zur Basis seiner Bestimmung gemacht, warum der Nichtbeobachtung jener Formen Folgen zugeschrieben haben, welche mit dem Interesse des Minderjährigen sich nicht selten in directen Widerspruch setzen werden? Es liegt hier kein Fall vor, in welchem von einem der Contrahenten ein durch den anderen etwa auszuübender widerrechtlicher Einfluß fern zu halten wäre, wie z. B. beim Kaufvertrage zwischen Ehegatten und den anderen in der dritten Abhandlung namhaft gemachten Rechtsgeschäften, über welche das Gesetz zum Schutze dieses Contrahenten, um jeden Versuch der Geltendmachung eines solchen Einflusses zu verhindern, absolute Nullität verhängt; es handelt sich vielmehr von Rechtsgeschäften, wobei das Interesse von Personen, welche dabei nicht concurriren, zu wahren ist. Zwar haben wir oben Fälle kennen gelernt, in welchen das Gesetz Rechtsgeschäfte auch dieser Art für absolut nichtig erklärt; aber entweder sind diese Fälle so-beschaffen, daß in ihnen das Interesse der zu schützenden Dritten durchaus nicht verletzt wird, wenn das Gesetz das Rechtsgeschäft, von welchem es für sie fürchtet, ein für alle Mal für nichtig erklärt, wie z. B. wenn es vorschreibt, daß der Heirathsvertrag durch authentischen Act abgeschlossen und während der Ehe nicht verändert werden solle; oder es ist ihnen der Wunsch, die

Interessen Dritter zu schützen, nicht der einzige Bestimmungsgrund des Gesetzes, sondern dasselbe wird zugleich durch Gründe der „honnêteté publique" bestimmt, es will gewisse Personen vor dem Verdachte des Mißbrauches ihrer Stellung schützen; wie wenn es vorschreibt, daß der Vormund die Sachen seines Mündels nicht ankaufen dürfe. Weder der letztere Grund greift in unserem Falle Platz, da der Vormund, indem er z. B. für den Minderjährigen verkauft, keineswegs etwas der Stellung des Vormundes Unangemessenes thut, noch liegt die Möglichkeit einer Verletzung des Minderjährigen, wenn die vom Vormunde für ihn abgeschlossenen Rechtsgeschäfte auch für ihn nichtig sind, sehr entfernt.

So viel kann zur Erklärung der uns beschäftigenden Artikel von Außen beigebracht werden[44]); sehen wir nun zu, ob in ihnen selbst nicht etwas aufzufinden ist, woraus ihr wahrer Sinn erkannt werden kann.

Zunächst bietet der Art. 466 der Interpretation eine Handhabe dar; die Weise, in welcher derselbe für die den Minderjährigen betreffenden Theilungen gerichtliche Mitwirkung verlangt, macht es unzweifelhaft, daß im Sinne des Gesetzes die nicht gerichtliche Theilung für die andere großjährige Parthei nicht nichtig sei. „Pour obtenir à l'égard du

---

44) Alles dieses findet seine Anwendung auch auf die Verfügung des Art. 391, daß die Mutter, welche als Vormünderin ihrer Kinder durch die Bestimmung ihres verstorbenen Mannes an den Beistand eines conseil gebunden worden ist, ohne denselben keine Vormundschaftshandlung vornehmen könne; und ich glaube, daß es hinreicht, um die Behauptung zu rechtfertigen, daß auf den Mangel dieses Beistandes nur die Mündel sich berufen können. Es kommt hier hinzu, daß aus dem Mangel des Beistandes des conseil der C. N. auch in anderen Fällen (beim Verschwender und dem nicht vollständig Interdicirten) nur eine relative Nullität entstehen läßt. S. oben Abh. III. §. 7 (S. 105).

mineur“ sagt er, „tout l'effet, qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être faite en justice“. Die Mitwirkung des Gerichts hat also nicht die Bedeutung, daß die Theilung dadurch für die Partheien, sondern die, daß sie für den Minderjährigen einer zwischen Großjährigen abgeschlossenen gleich wird; sie macht die Theilung nicht für den Großjährigen, sondern für den Minderjährigen unanfechtbar. Für jenen ist sie es also auch dann, wenn sie keine gerichtliche ist, und bei den Schlußworten des Art. 466: „tout autre partage ne sera que provisionel“, ist daher zu subintelligiren „pour le mineur“. Daß dies wirklich der Sinn des Art. 466 sei[45]), geht noch deutlicher aus der Fassung hervor, welche derselbe im ersten projet hat[46]). Hier besteht er aus 2 Artikeln, von welchen der erste (I. 9. Art. 80) beginnt: „Tout partage, dans lequel un mineur est intéressé, doit être fait en justice“. Der Art. 81 darauf lautet: „Le partage fait en la forme ci-dessus est définitif et a *contre le mineur* tout l'effet de celui consenti entre majeurs. Tout autre partage ne peut être que provisionel“. Das ist also die Bedeutung der definitiven Theilung, daß sie für den Minderjährigen unanfechtbar ist; folglich die Bedeutung der provisorischen, daß der Minderjährige sie angreifen kann[47]).

---

45) Die Fassung des dieselbe Verfügung wiederholenden Art. 840 ist unbestimmter.

46) Die jetzige hat er durch die Gesetzgebungssection des Staatsraths erhalten.

47) Vergl. auch Maleville zu Art. 466. Merkwürdiger Weise haben einige Schriftsteller gerade aus der Fassung des Art. 466 umgekehrt geschlossen, daß er eine absolute Nullität verfüge: so Zachariae (I. §. 113 zu Note 30, IV. §. 623 zu Note 9; er citirt auch Delvincourt, welcher aber I. p. 680 n. 4 (Ausgabe von 1813) gerade das Gegentheil sagt), Duranton (VII. n. 179) und Boileux (I. p. 335, II. p. 153), welche beide letzteren aber für den Fall, wo der Minderjährige allein gehandelt hat, nicht dasselbe behaupten. Von der Praxis unten.

Will man aber nun aus dem unzweifelhaften Sinne des Art. 466 den Schluß ziehen, daß auch in den ihn umgebenden Artikeln nur eine relative Nullität verfügt sei, so stellt sich sogleich der Art. 463 entgegen. Denn wenn es hier heißt: „la donation fait au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec autorisation du conseil de famille", — welche Bestimmung in befehlender Form im Art. 935 wiederholt wird: „la donation faite à un mineur non émancipé.. devra être acceptée par son tuteur, conformément à l'art. 463", — so ist damit ja ausgesprochen, daß der Vormund ohne Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen den Minderjährigen auch nicht reicher machen, nicht für ihn erwerben könne. Zwar glaubt Toullier[48]), den Art. 463 dahin verstehen zu dürfen, daß derselbe den Minderjährigen nur für nicht gebunden an die Schenkung erkläre, welche der Vormund ohne Autorisation des Familienrathes angenommen hat: aber jede Möglichkeit einer solchen Interpretation verschwindet, wenn man bedenkt, daß im Sinne des C. N. der Minderjährige sogar durch eine von ihm selbst angenommene Schenkung nicht erwerben kann, obgleich doch hier aller Grund wegfällt, absolute Nullität anzunehmen. Allerdings will Toullier auch diesen Satz nicht zugeben, und hat darin Duranton[49]) zum Streitgenossen; aber die Discussionen erheben ihn über allen Zweifel[50]).

48) V. n. 196.

49) VIII. n. 437. Für den Fall, wo der Vormund ohne Autorisation des Familienrathes gehandelt hat, behauptet auch er absolute Nullität der Schenkung, obgleich er doch sonst aus den formlosen Handlungen des Vormundes nur relative Nullität entstehen läßt.

50) Ganz denselben Streit führte die ältere Jurisprudenz über den Sinn des Art. 7 der Ordonnance sur les donations vom Februar 1731, welcher die Quelle der Bestimmung des C. N. ist, nur dadurch von ihr verschieden, daß er bloß Vertretung des Minderjährigen durch

Bei der Staatsberathung zunächst erhoben sich Stimmen gegen die Verfügung des Art. 935, daß, wie überhaupt für den Vormund die Aeltern und Ascendenten, so namentlich auch in dem Falle, wo einer der Aeltern die Vormundschaft führe, wenn er sich die Schenkung anzunehmen weigere, für denselben die Ascendenten zur Annahme befugt seien. Es liege darin, sagte man, eine Beleidigung gegen die Aeltern, „ce serait troubler la bonne intelligence dans les familles, que d'y élever un tribunal domestique". Auf diesen Einwurf haben sowohl Tronchet als Bigot, beide Redactoren, geantwortet, daß, wenn den Großältern diese Befugniß nicht

---

den Vormund, nicht auch Autorisation desselben, verlangte. Aber auch sein Sinn hätte nicht bezweifelt werden sollen, da eine authentische Erklärung desselben, ausgegangen vom Verfasser jener Ordonnanz, dem Kanzler d'Aguesseau, vorlag. Auf eine Remonstration des Parlaments von Toulouse gegen jene Verfügung (auch berichtet Serres (p. 84), daß jenes Parlament sie nicht befolgt habe,) antwortete er: „La décision de l'art. 7 est fondée sur l'intérêt même des mineurs de 25 ans; si cet article leur est favorable d'un côté, en ordonnant, que les donations faites à leur profit peuvent être aceptées même par leurs pères, mères ou autres ascendans, il ne leur est pas moins avantageux de l'autre, en les empêchant, de se précipiter dans des engagemens surpris sous l'apparence d'une donation. Il est vrai, qu' il ne peuvent contracter que sous le bénéfice de la restitution en entier; mais les lois Romaines mêmes nous avertissent, qu'il vaut mieux prévenir le mal, que d'attendre, qu'il soit fait, pour y apporter le remède. Enfin l'usage d'une très grande partie du royaume étant d'exiger l'autorité du tuteur ou du curateur pour la validite de l'acceptation, c'est un des points, dans lesquels l'avantage de l'uniformité et l'intérêt public doivent l'emporter sur toute autre considération". (Lettre du 25. Juin 1731, t. IX. p. 560 de ses oeuvres, - so citirt bei Toullier V. p. 196 Note 2.) — Uebrigens ist diese Stelle auch ein neuer Beweis für den Satz, daß die ältere Jurisprudenz dem ohne Vormund handelnden Minderjährigen nur das Recht auf Restitution zuerkannt habe.

gegeben werde, der Minderjährige durch das Unrecht des aus eigennützigen Gründen die Annahme verweigernden Vaters der Schenkung beraubt werden könne. In demselben Sinne bemerkte Cambaceres, daß „le législateur ne doit point s'arrêter à des considérations, qui l'empêcheraient, de multiplier en faveur du fils les moyens de profiter de la donation". Das Gewicht dieser Gegenbemerkungen hätte Treilhard, von welchem jener Einwand hauptsächlich verfochten wurde, durch die einfache Antwort, daß der Minderjährige ja, wenn der Vater die Annahme weigere, auch selbst acceptiren und es dann darauf ankommen lassen könne, ob die Schenkung ihm Nutzen bringe oder nicht, vernichten können; aber weit entfernt, sie zu geben, hat er sich nur darauf berufen, „que derrière le père sont les tribunaux, qui peuvent autoriser une acceptation, qu'il aurait injustement refusée"[51]. Im Corps législatif ferner bemerkte Bigot als Redner der Regierung: „Quoique une donation soit toujours, indépendamment des conditions, qui y peuvent être mises, regardée comme un avantage au profit du donataire, il suffit cependant, que ce soit de la part de ce dernier un engagement, pour que la capacité de contracter, ou les formalités, qui y suppléent, soient exigées[52]) Und in gleichem Sinne sagte der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats: „L'acceptation, qui ne lierait pas le donataire, ne saurait engager le donateur"; deswegen bedürften verheirathete Frauen der Genehmigung ihres Mannes, Gemeinden der Autorisation der Regierung, müßten Minderjährige von ihrem Vormunde vertreten werden[53]. — Man sieht, wie die Redactoren sich den aus dem alten Rechte herübergenommenen Satz zurecht zu legen suchen; unglücklich

51) Disc. part. IV. p. 254 - 256.
52) Disc. publ. IV. p. 23.
53) ibid. IV. p. 343.

genug; denn wenn auch die Schenkung für den Beschenkten ein engagement begründet, — was sie daraus schließen, daß die Schenkung ein Vertrag ist[54]), — warum soll denn die Nichtigkeit seines engagement auch die Nichtigkeit des engagement des Schenkers zur Folge haben? An dem Satze selbst ist aber nicht zu zweifeln[55]); der Minderjährige kann durch seine Annahme eine ihm gemachte Schenkung nicht erwerben. Damit er sie erwerben könne, sind, wie Bigot sich ausdrückt, die Förmlichkeiten nothwendig, welche seiner Handlungsunfähigkeit abhelfen. Diese Förmlichkeiten sind aber Acceptation des Vormundes und Autorisation des Familienraths.

Indem aber nun in dieser Weise der Sinn des Art. 463 festgestellt ist, ist auch zugleich sein Widerspruch gegen den Art. 466 als auf das Resultat der Verfügung beschränkt, die Auffassung beider als identisch nachgewiesen. Der Art. 463 sagt nicht: die dem Minderjährigen gemachte Schenkung kann von dem Vormunde nur mit Autorisation des Familienraths angenommen werden, widrigenfalls die Handlung des Vormunds gar nicht als Handlung des Minderjährigen gilt und die Annahme als gar nicht geschehen zu betrachten ist; sondern sein Sinn ist der: die durch den Vormund ohne Autorisation des Familienraths geschehene Annahme einer dem Minderjährigen gemachten Schenkung kann keine andere Wirkung hervorbringen, als die Annahme des Minderjährigen selbst; die Handlungsunfähigkeit des Minderjährigkeit ist schon dadurch, daß er durch den Vormund vertreten worden ist, nicht gehoben. Und ganz dasselbe sagt auch der Art. 465, so daß wir, wenn wir die eben von Außen beigebrachten Gründe hinzunehmen,

54) S. die letzte Abhandlung §. 4.
55) Auch Maleville zu Art. 463 spricht ihn aus.

vollkommen zu der Behauptung berechtigt sind, daß den übrigen, sie umgebenden Artikeln dieselbe Auffassung zu Grunde liegt. — Der Widerspruch der Art. 463 und 466 liegt nur in dem Schlusse, welchen sie aus ihrer gemeinschaftlichen Prämisse ziehen. Weil, sagt der Art. 463, die bloße Vertretung des Vormundes ohne Autorisation des Familienraths die Handlungsunfähigkeit des Minderjährigen nicht zu heben vermag, kann er durch sie nicht erwerben. Wogegen der Art. 465 daraus nur schließt, daß er durch sie nicht verpflichtet werden könne. Welcher von diesen Schlüssen aber in die übrigen Artikel übertragen werden müsse, kann keinen Augenblick zweifelhaft sein. Hier, wo es sich um die allgemeine Bedeutung der Handlungsunfähigkeit des Minderjährigen handelt, entscheidet der Art. 1125 vollständig, und die widersprechende Bestimmung des Art. 463 erklärt sich durch den Vorgang des alten Rechts auf die genügendste Weise.

Zum Schlusse mag es noch erlaubt sein, auf eine Stelle der Discussionen zu verweisen, wodurch das hier gefundene Resultat eine neue Stütze erhält. Der Redner der Regierung im Corps législatif hat über diejenige Section, in welcher sich die uns beschäftigenden Artikel befinden, bemerkt, daß ihr Inhalt von dem alten Rechte wenig abweiche[55a]). Nun finde ich zwar nur bei Dunod[55b]) ausdrücklich bemerkt, daß die „défense d'aliéner les biens du mineur" bloß eine relative Nullität begründe; aber die übrigen Schriftsteller scheinen dies nur deswegen nicht auszusprechen, weil sie es voraussetzen. So heißt es namentlich bei Serres: „L'aliénation des immeubles des pupilles ou mineurs, faite par eux ou par leurs

55a) Disc. publ. III. p. 224.

55b) Traité des prescriptions Part. 1 ch. 8 (citirt bei Merlin s. v. nullité §. 2).

tuteurs ou curateurs sans avoir observé les formalités de justice réquises, est absolument nulle[55c]), quand même les biens auraint été vendus à leur juste prix, *et* le mineur reprend son fonds, sans être tenu à autre chose, qu'à rendre seulement du prix de l'aliénation, ce qui en a été converti à son profit" [55d]).

Es ist also die Regel aufzustellen, daß die Rechtsgeschäfte, welche der Vormund für den Minderjährigen ohne Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten vorgenommen hat, nicht als Handlungen eines unbevollmächtigten Dritten, sondern immer noch als Handlungen des Minderjährigen anzusehen sind[55e]) daher auch nur von ihm angegriffen werden können; welches „daher" bloß für die Annahme von Schenkungen nicht gilt. — Der Vollständigkeit wegen sei hier noch

55c) D. h. nicht bloß der Restitution unterworfen, später nennt er sie nulle de plein droit.

55d) p. 198 i. f.

55e) Es gibt allerdings einen Fall, in welchem ein von dem Vormunde für den Minderjährigen abgeschlossenes Rechtsgeschäft als Handlung des Minderjährigen nicht angesehen werden darf; aber es ist das kein Fall, in welchem es sich um eine nullité dans la forme handelt. Wenn der Vormund etwas von dem Vermögen des Minderjährigen verschenkt, so ist das allerdings als eine Disposition eines Unbevollmächtigten über fremdes Vermögen anzusehen und daher dafür zu halten, daß der Minderjährige diese Schenkung nicht anzufechten brauche, daß sie absolut nichtig sei. Der C. N. verlangt für eine Reihe von Rechtsgeschäften von dem Vormunde die Beobachtung sichernder Formen, von der Schenkung redet er gar nicht. Da ist nur ein Zwiefaches möglich: entweder ist er der Ansicht, daß es bei der Schenkung solcher sichernden Formen nicht bedürfe, oder seine Meinung ist, daß der Vormund zur Schenkung absolut unfähig sei. Welche von beiden Möglichkeiten für die Wirklichkeit zu halten sei, kann keinen Augenblick zweifelhaft sein. Hier geht man gewiß nicht fehl, wenn man sich auf die allgemeine Bedeutung der Vormundschaft beruft. Der Vormund ist dazu da, das Vermögen des Minderjährigen zu erhalten und zu vermehren, nicht, es zu vermindern.

bemerkt, daß wenn der Minderjährige allein, ohne den Vormund, handelt, die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten dieselbe Wirkung hat; absolute Nullität zu behaupten, fehlt hier, mit Ausnahme der Schenkungsannahme, aller Grund.

Was die Praxis betrifft, so wird in derselben im Allgemeinen weder die Regel, daß die Nichtbeobachtung der in den Art. 453 und 457 f. gegebenen Vorschriften eine absolute Nullität nicht begründe, noch die Ausnahme von dieser Regel, daß die Nichtbeobachtung der Förmlichkeiten, welche der Art. 463 für die Annahme einer Schenkung verlangt, es allerdings thue, bezweifelt. Was zunächst die Ausnahme angeht, so haben für die absolute Nichtigkeit der vom Minderjährigen allein (also auch der vom Vormunde ohne Autorisation des Familienrathes) angenommenen Schenkung folgende Urtheile entschieden: Riom 14. August 1829 (S. XXX. 2. 300), Grenoble 11. Juli 1836 (S. XXXIX. 2. 259); vergl. auch Toulouse 27. Januar 1830 (S. XXX. 2. 242) und Limoges 15. April 1836 (S. XXXVI. 2. 241), welche Urtheile dasselbe für die von der Frau ohne Autorisation des Ehemannes acceptirte Schenkung sagen. Die relative Nullität dagegen wird nur durch das Urtheil des Hofes von Nancy vom 4. Februar 1839 (S. XXXIX. 2. 459) vertreten. — Was sodann die Regel betrifft, so ist sie überhaupt streitig nur in Beziehung auf die Erbtheilung geworden. Hier haben sich nun bei weitem die meisten Urtheile für die relative Nullität ausgesprochen; so Cass. 30. August 1825 (S. XV. 1. 404) und 24. Juli 1835 (S. XXXVI. 1. 238), Lyon 4. April 1810 (S. XIII. 2. 290), Colmar 28. November 1816 (S. XVII. 2. 145), Agen 12. November 1823 (S. XXV. 2. 71), Montpellier 16. August 1842 (S. XLIII. 2. 148). Geradezu entgegengesetzt hat nur der Hof von Toulouse am 7. April 1834 (S. XXXIV. 2. 341) entschieden;

obgleich doch auch er sich schließlich darauf beruft, daß auf jeden Fall die Partheien keine andere Absicht gehabt hätten, als eine provisorische Theilung zu machen. Bestimmter wird das Letztere in dem (auf Troplong's Vortrag erlassenen) Urtheile des Cassationshofes vom 23. Januar 1839 (S. XXXIX. 1. 615) verlangt. An und für sich, sagt es, binde die formlose Theilung (als provisorische) den Großjährigen so wenig, wie den Minderjährigen; hätten dieselben aber ausdrücklich ihre Absicht erklärt, eine definitive Theilung zu machen, (in dem entschiedenen Falle war eine Strafe stipulirt worden,) so sei dieselbe allerdings nur von dem Minderjährigen angreifbar. Einen andern Mittelweg hat das Urtheil des Hofes von Limoges vom 27. Januar 1824 (S. XXVI. 2. 187) eingeschlagen. Dasselbe will dem Großjährigen dann das Recht zur Anfechtung der Theilung zugestehen, wenn nach erreichter Großjährigkeit der frühere Minderjährige auf geschehene Anforderung sich weigere, sie zu bestätigen. — Auch der Rheinische Cassationshof hat am 31. Januar 1835 (Archiv XXI. 2. 88) und am 13. November 1843 (Archiv XXXVI. 2. 49), so wie der Rheinische A. G. H. am 27. Juli 1843 (Archiv XXXVI. 1. 77) und am 4. März 1844 (Archiv XXXVII. 1. 69) dafür entschieden, daß die formlose Theilung für den Großjährigen definitiv sei. Die beiden Urtheile des Rheinischen A. G. H., welche das Gegentheil ausgesprochen haben, vom 16. Januar resp. 15. Mai 1833 und vom 11. Juli 1842 (Archiv XXXIII. 1. 193), sind durch die genannten Cassationsurtheile wieder aufgehoben worden.

Dagegen findet die von Duranton und Bazeille vertheidigte Ansicht, daß, wenn der Vormund ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten gehandelt habe, die Nullitätsklage des Minderjährigen nicht in 10, sondern erst in 30 Jahren verjähre, in der Praxis allerdings bedeutende

Unterstützung. Dafür haben sich ausgesprochen: Metz 1. Juni 1821 (S. XXIV. 2. 154), Riom 13. December 1826 (S. XXVII. 2. 147), Bordeaux 10. Juli 1829 (S. XXIX. 2. 319), Toulouse 7. Juni 1830 (S. XXXI. 2. 66), Grenoble 21. März 1833 (S. XXXIII. 2. 580), Rennes 1. August 1833 (S. XXXIII. 2. 580). Für die 10jährige Verjährung sind: Cass. 14. November 1826 und 25. November 1835 (S. XXVII. 1. 306, XXXVI. 1. 130), Riom 25. März und 8. Mai 1829 (S. XXX. 2. 241, XXIX. 2. 296), Nimes 14. Januar 1839 (S. XXXIX. 2. 369), Paris 2. November 1840 (S. XLI. 2. 134), Grenoble 10. Juni 1842 (XLIII. 2. 143).

VI.

Die zuerst von Merlin[56]), dann auch von Zachariae[57]) und Stabel[58]) aufgestellte Behauptung, daß auch die Nichtbeobachtung der für bestimmte Rechtsgeschäfte des Minderjährigen vorgeschriebenen besonderen Förmlichkeiten demselben nur das Recht auf Restitution gebe, bedarf eigentlich keiner Widerlegung. Auf welche Rechtsgeschäfte soll denn das „nul en sa forme", welches der Art. 1311 dem „sujet à restitution" ausdrücklich entgegensetzt, bezogen werden, wenn nicht auf diese? — Die für diese Behauptung angegebenen Gründe sind zum Theil nicht einmal scheinbar[59]); nur einer verdient

56) Questions de droit s. v. hypothèque §. 4 n. 3 (4. Ausgabe).

57) II. 335 zu Note 3.

58) §. 42.

59) Zachariae beruft sich auf Folgendes: 1) Im Zweifel sei den Gesetzen der Sinn beizulegen, welcher für die Rechtsbeständigkeit eingegangener Verbindlichkeiten der günstigere sei. 2) Auch das ältere (römische) Recht habe den Minderjährigen nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben. (Aber die Veräußerung von Immobilien sine decreto iudicis?) 3) In den Art. 1304-1314 sei nur von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nicht

nähere Berücksichtigung[60]). Er ergibt sich aus der Vergleichung des Art. 1305 mit den Art. 481—484. In dem ersten wird gesagt, daß wie der nicht emancipirte Minderjährige wegen Läsion alle Rechtsgeschäfte anfechten könne, so der emancipirte alle diejenigen, „qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation". In diesem Titel wird nun seine capacité dahin bestimmt, daß er alle Verwaltungshandlungen mit derselben Gültigkeit vornehmen könne, wie ein Großjähriger (Art. 481), daß er dagegen keine Immobilarklagen anstellen oder darauf antworten oder über den Empfang eines Kapitals quittiren dürfe ohne den Beistand eines Curators, daß ihm zur Aufnahme eines Darlehns eine gerichtlich bestätigte Autorisation des Familienrathes nothwendig sei, und er überhaupt bei allen Rechtsgeschäften, für welche dem nicht emancipirten Minderjährigen besondere Förmlichkeiten vorgeschrieben seien, dieselben Förmlichkeiten beobachten müsse (Art. 482—484). Für die meisten der Rechtsgeschäfte also, welche außerhalb der Grenze seiner capacité liegen, sind Formen vorgeschrieben; nichtsdestoweniger soll er sie nur wegen Läsion angreifen, nur Restitution dagegen verlangen können (Art. 1305). Also muß dasselbe für den nicht emancipirten Minderjährigen gelten. — Gegen diese Argumentation ist nun nicht zu sagen, daß von dem emancipirten Minderjährigen auf den nicht emancipirten in dieser Weise nicht geschlossen werden dürfe; die Richtigkeit

---

von einer Nichtigkeitsklage die Rede. (Aber Art. 1311!) - Ebenso sehe ich keinen Grund, weswegen Zachariae von seiner Regel, wenn sie einmal gelten soll, den Vergleich (Art. 467), und Stabel die Theilung ausnehmen will. Daß Zachariae die Theilung ausnimmt, versteht sich, da er sie für absolut nichtig hält, von selbst; den Art. 463 nennt er nicht.

60) Berufen hat sich darauf Merlin.

dieses Schlusses kann, da ja auch jener nicht aufgehört hat, Minderjähriger zu sein, in keiner Weise bestritten werden. Aber das ist zu leugnen, daß der Art. 1305 bei irgend einer seiner beiden Verfügungen auf diejenigen Rechtsgeschäfte der Minderjährigen, wofür besondere Formen vorgeschrieben sind, mit Rücksicht nehme. Er will nichts, als die Regel, welche er im römischen Recht ausgesprochen und in der französischen Jurisprudenz zur Rechtsparömie erhoben fand: „Minor non restituitur tamquam minor, sed tamquam laesus“ wiedergeben; daß es Fälle gebe, in welchen demselben Restitution überhaupt nicht nothwendig sei, daran denkt er nicht. Daß er daran denke, folgt aus der ausdrücklichen Verweisung, welche er in Betreff der Handlungsfähigkeit des emancipirten Minderjährigen auf diejenige Stelle macht, in welcher für die meisten Rechtsgeschäfte desselben Formen vorgeschrieben werden, deswegen nicht, weil diese Verweisung sich schon im ersten projet findet[61]), in diesem aber diejenigen Rechtsgeschäfte, zu welchen der emancipirte Minderjährige für unfähig erklärt wird, keineswegs mit dem Schutze besonderer Formen umgeben sind[62]). Wir haben also, um die aus dem Art. 1311 gefolgerte Regel gegen diesen aus dem Art. 1305 hergeleiteten Einwand zu schützen, nichts weiter nöthig, als die gewiß nicht zu kühne Annahme, daß die Redactoren des C. N. eine Stelle haben stehen lassen, welche nach einer an einer andern Stelle gemachten Veränderung nicht mehr paßt.

Was die Praxis angeht, so finde ich nur in Einem Urtheile unter den bei Sirey verzeichneten ausgesprochen, daß

61) III. 2. Art. 204. „Les cas, dans lesquels le mineur émancipé peut jouir du bénéfice de restitution, sont expliqués au titre des tutelles“.

62) I. 9. Art. 110. Nur zu einem Immobilarprozeß wird Beistand des Curators erfordert.

auch die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Formen dem Minderjährigen nur das Recht auf Restitution gebe, in dem Urtheile des Hofes von Montpellier vom 26. August 1815 (S. XVIII. 2. 113). Für die Nichtigkeit dagegen haben entschieden: Cass. 16. Januar 1837 (S. XXXVII. 1. 102) — gegen Riom 28. März 1833 (S. XXXIII. 2. 344), — Amiens 29. Juli 1824 (S. XXIV. 2. 243), Rennes 17. November 1836 (S. XXXVII. 2. 354), Paris 18. März 1839 (S. XXXIX 2. 178).

VII.

An dieser Stelle muß unsere Darstellung auf einen Augenblick zu der oben erörterten Frage, ob diejenigen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen, wofür das Gesetz besondere Formen nicht verlangt, wenn er sie allein, ohne den Vormund, vornimmt, „nuls en sa forme“ oder bloß „sujets à restitution“ seien, zurückkehren. Es wurde oben bei der Untersuchung dieser Frage gesagt, daß ein fernerer Grund, auf welchen man sich für die Nichtigkeit dieser Rechtsgeschäfte zu berufen geneigt sein möchte, erst an einer spätern Stelle klar gemacht werden könne. Diese Stelle ist hier. Wenn es nämlich feststeht, daß die Verletzung der in den Art. 481—84 gegebenen Vorschriften die Rechtsgeschäfte des emancipirten Minderjährigen „nuls dans la forme“ mache, so erscheint als eine dieser Formen, welche bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden müssen, auch die Assistenz des Curators (Art. 481). Muß daraus nicht geschlossen werden, daß für den nicht emancipirten Minderjährigen die Mitwirkung oder Vertretung des Tutors dieselbe Bedeutung habe? — Keineswegs. Man würde bei diesem Schlusse außer Acht lassen, daß der C. N. in der Lehre von der Vormundschaft, worin sich der Art. 481 findet, sich den emancipirten Minderjährigen als allein handelnd, den nicht emancipirten als nur durch den Vormund thätig werdend denkt,

daß ihm also bei jenem als besondere Form erscheinen muß, was ihm bei diesem nur das Mittel ist, wodurch seine Handlungen erst factisches Dasein gewinnen können. Eben deswegen ist über die juristische Bedeutung der von ihm allein vorgenommenen Handlungen damit nichts ausgesagt: diese kann erst aus dem Art. 1305 entnommen werden, welcher, wie oben gezeigt wurde, vom Standpunkte des römischen Rechtes aus von Handlungen des mineur redet, dabei aber den Fall, wo der Minderjährige durch den Vormund gehandelt hat, wieder mit umfassend.

VIII.

Es sind bisher zwei Fragen beantwortet worden: Wann sind die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen nuls en sa forme? Und welche juristische Bedeutung ist dieser nullité dans la forme, wo sie vorhanden ist, zuzuschreiben? Der im Anfange dieser Abhandlung gegebenen Uebersicht des in ihr zu Behandelnden gemäß müßte jetzt zu der Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen unangreifbar, gültig seien, übergegangen werden, wenn sich nicht folgende Betrachtung hier eindrängte.

Das Gesetz will, daß der Vormund bestimmte Rechtsgeschäfte nur mit Beobachtung gewisser Förmlichkeiten vornehmen solle; widrigenfalls soll der Minderjährige nicht daran gebunden sein. Wenn nun das Gesetz von andern Rechtsgeschäften sagt, daß der Vormund sie gar nicht vornehmen solle: muß nicht dieser Vorschrift dieselbe Bedeutung beigelegt, d. h. muß nicht angenommen werden, daß auch ihre Verletzung zwar nur dem Minderjährigen die Befugniß gebe, das Rechtsgeschäft anzugreifen, diesem aber auch, ohne daß er nöthig hätte, Läsion zu erweisen?

Folgende Bestimmungen sind hier zu beachten.

Der Vormund kann Sachen des Minderjährigen nicht kaufen oder pachten, es müßte denn der Gegenvormund unter Autorisation des Familienrathes sie ihm verkauft oder verpachtet haben (Art. 450 §. 3). Diese Bestimmung sagt mit andern Worten: der Vormund kann Sachen des Minderjährigen nicht an sich selbst verkaufen oder verpachten. Sie ist aber schon in der dritten Abhandlung als eine solche bezeichnet worden, welche keine relative, sondern eine absolute Nullität begründet. Ihre vorherrschende Absicht ist, wie die der ganz ähnlichen, daß der Vormund Sachen des Minderjährigen nicht ansteigern dürfe, nicht, den Minderjährigen gegen Schaden, sondern, den Vormund gegen den Verdacht zu schützen, daß er seine Stellung in gewinnsüchtiger Absicht mißbraucht habe.

Der Vormund kann aus dem Vermögen des Minderjährigen nichts verschenken. Zwar spricht das Gesetz diesen Satz nicht ausdrücklich aus, aber er ist, wie oben[63]) nachgewiesen wurde, deswegen nicht weniger für unzweifelhaft zu halten. Ebendaselbst wurde aber auch dargethan, daß der schenkende Vormund als Vertreter des Minderjährigen nicht angesehen werden dürfe, daß daher seine Schenkung nicht für den Minderjährigen nicht verbindlich, sondern absolut nichtig sei.

Dagegen begründet die Verfügung des Art. 1718, daß der Vormund die Sachen des Minderjährigen auf nicht längere Zeit verpachten könne, als der Ehemann das Vermögen seiner Frau, d. h. jedesmal nur auf eine Periode von 9 Jahren (Art. 1429, 1430), allerdings nur eine relative Nullität des auf längere Zeit geschlossenen Pachtvertrages. Keine der Erwägungen, aus welchen wir in anderen Fällen absolute Nullität behaupten mußten, greift hier Platz; und die unerlaubten Verpachtungen des Ehemannes sind ebenfalls nur für die Frau

63) Note 55a.

nicht bindend[64]. Wie aber diese Nullität nur eine relative ist, so ist auch bei der Geltendmachung derselben von dem Minderjährigen der Beweis erlittener Läsion ebensowenig zu verlangen, wie bei der Geltendmachung der auf der Verletzung der Art. 452 und 457 f. beruhenden. Sie so gut, wie diese, hat ihren Grund in einer Machtüberschreitung des Vormunds; enthebt dieselbe nun in einem Falle den Minderjährigen der Nothwendigkeit, Restitution zu erwirken, so muß es sie auch in jedem anderen thun.

Daher ist der Gegensatz, welchen der Art. 1311 zwischen engagemens „nuls en sa forme“ und „seulement sujets à restitution“ macht, für einen ungenauen zu halten; den wahren Gegensatz gegen die der Restitution unterworfenen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen bilden diejenigen, wodurch der Vormund seine Befugnisse überschreitet. Allerdings läßt jener andere Ausdruck nur einen in denselben Gegensatz gehörigen Fall unbeachtet, und findet darin seine Erklärung und seine Entschuldigung.

IX.

Unsere Darstellung schreitet jetzt zu der Untersuchung fort, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen für unangreifbar, für gültig zu halten seien. Diese Untersuchung hat sich zunächst mit der Frage zu beschäftigen, ob die von Duranton[65], Bazeille[66], Boileux[67] und neuerdings von Stabel[68] aufgestellte Behauptung richtig sei, daß bei den Rechtsgeschäften, wofür keine besonderen Formen

64) S. oben S. 98.
65) III. n. 574, X. n. 279 s.
66) Prescriptions n. 552.
67) II. p. 657.
68) §. 42.

vorgeschrieben sind, schon die Vertretung durch den Vormund dem Minderjährigen das Recht auf Restitution nehme. Der Hauptgrund, worauf Duranton seine Behauptung stützt, ist, daß der Art. 1305 wie der Art. 1304 und alle folgenden von Rechtsgeschäften des mineur, nicht des tuteur, reden. Wenn darauf von der anderen Seite erwidert wird: der Art. 1305 spricht zwar von den Handlungen des Minderjährigen, aber des vom Vormunde autorisirten Minderjährigen, so replicirt Duranton: der C. N. kennt keine Autorisation des Minderjährigen, er kennt nur Vertretung desselben durch den Vormund: „le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils“.

Es möchte nun auch der Nachweis, daß der Art. 1305 den autorisirten Minderjährigen im Auge habe, schwer zu führen sein. Jedoch bedürfen wir desselben auch nicht, wie diejenigen, welche zu gleicher Zeit behaupten, daß er sich auf den allein handelnden Minderjährigen nicht beziehe. Wir gehen davon aus, daß er von dem Minderjährigen als solchem rede, ohne auf die Art, wie seine Handlungen zu Stande kommen, Rücksicht zu nehmen, und wir stützen diesen Satz zunächst darauf, daß die Jurisprudenz, aus welcher der Art. 1305 geschöpft ist, in demselben Sinne von der Handlungsunfähigkeit des mineur gesprochen habe. Daß sie dem allein handelnden mineur kein anderes Rechtsmittel, als die Restitution gegeben habe, ist oben nachgewiesen worden; daß sie zugleich — was uns hier interessirt — dem vom Vormunde geschützten Minderjährigen die Wohlthat derselben nicht entzogen habe, dafür sind die Zeugnisse hier noch kurz anzugeben. — Domat sagt ausdrücklich, unter Anführung der betreffenden Stellen des römischen Rechts, daß der Beistand des tutor oder curator kein Hinderniß der in integrum restitutio sei[69]. Ebenso Fer-

69) I. liv. 4 tit. 6 sect. 2 n. 19.

rieres[70]). Serres setzt diesen Satz als geltend voraus, indem er lehrt, daß der Minderjährige selbst gegen die auf richterliches Decret geschehene Veräußerung seiner Immobilien Restitution verlangen könne[71]; eben so Argou, indem er bemerkt, daß die Minderjährigen sich in einer Art von Interdiction befänden, „car personne ne veut contracter avec eux, parce qu'il n'y a point de sûreté" [72]). In Merlin's Répertoire wird dieser Satz mit dürren Worten ausgesprochen[73]).

Zu diesem Grunde kommt dann noch ein anderer, aus dem C. N. selbst entlehnter. Der Art. 1314 schreibt vor, daß wenn die besonderen bei Theilungen und Veräußerungen von Immobilien vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden seien, die Minderjährigen in Beziehung auf diese Rechtsgeschäfte als Großjährige angesehen werden müßten. Wenn die Minderjährigen in Beziehung auf alle Rechtsgeschäfte, für welche keine Formen vorgeschrieben sind, schon durch den bloßen Beistand des Vormunds des Rechts der Restitution verlustig gingen: hätte dann diese viel umfassendere Ausnahme der Regel des Art. 1305 hier übergangen werden können[74])? — Und zu Art. 467 hat Bigot im gesetzgebenden Körper bemerkt[75]), eine große Inconvenienz des älteren Rechts sei die gewesen, daß der Vergleich den Minderjährigen nie gebunden habe. Wir haben das geändert, sagt er; indem wir — nun heißt es nicht: indem wir die Regel des römischen Rechts, daß der von dem Vormund vertretene Minderjährige dennoch Restitution verlangen könne, aufgehoben haben, sondern — indem

70) Coutume de Paris III. p. 507 n. 20.
71) p. 198. 199.
72) I. p. 38.
73) s. v. mineur §. 9 n. 2.
74) Disc. publ. V. p. 80. 169. 237.
75) Disc. publ. III. p. 224.

wir diejenigen Vergleiche für unanfechtbar erklärt haben, bei welchen die vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind. — Es ist wahr, im Art. 1030 heißt es: „le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur, und es liegt sehr nahe, den Gedanken dieses Artikels so zu ergänzen: wodurch er doch sonst fähig wird, Obligationen zu übernehmen. Aber ich glaube nicht, daß diesem Argumente jenen anderen gegenüber Kraft beigelegt werden darf, und bin der Meinung, daß dieselben uns nöthigen, den Sinn des Art. 1030 etwa folgendermaßen zu bestimmen: obgleich dann doch nicht anzunehmen ist, daß der Minderjährige leichtsinnig und ohne Grund gehandelt habe [76].

---

76) Man könnte den hier behaupteten Satz auch durch einen Schluß aus dem Art. 1309 beweisen wollen, welcher vorschreibt: „Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux, dont le consentement est réquis pour la validité de son mariage". Man könnte aus dieser Bestimmung den Schluß ziehen wollen, daß die Assistenz des Vormundes in andern Fällen dem Minderjährigen das Recht auf Restitution nicht nehme. Aber dieser Schluß ist deswegen nicht zuläßig, weil diejenige Person, deren Einwilligung der Minderjährige zur Eingehung einer gültigen Ehe bedarf, nicht immer zugleich sein Vormund ist; man denke z. B. an den Fall, wo sein Vater im Testament mit Umgehung des Großvaters einen Dritten zum Vormund ernannt hat. Also hat der Art. 1309 auch unter der Voraussetzung Sinn, daß der Minderjährige durch Assistenz des Vormundes das Recht auf Restitution verliere. Er hat dann den Sinn: gegen den Heirathsvertrag kann er Restitution nicht verlangen, selbst wenn derselbe nicht mit Assistenz des Vormundes abgeschlossen worden ist.

X.

Wenn der Satz des älteren französischen Rechts, daß die Vertretung durch den Vormund dem Minderjährigen das Recht auf Restitution nicht nehme, von dem C. N. anerkannt worden ist, so ist derselbe der ferneren Bestimmung des alten Rechts, daß auch die Mitwirkung des Gerichts bei der Veräußerung der Immobilien des Minderjährigen die Restitution nicht ausschließe, mit Bewußtsein entgegen getreten. Schon die alten Juristen klagten, daß der Minderjährige sich in einer Art von Interdiction befände, daß Niemand mit ihm contrahiren wolle, weil er keine Sicherheit habe, daß der Vertrag nicht umgestoßen werde. Der C. N. hat diesem Uebelstande abhelfen wollen, er hat gewisse Verträge dem Minderjährigen möglich machen wollen, indem er sie für unanfechtbar erklärte, wenn durch Beobachtung bestimmter Formen die vollständigste Garantie gegen jede Beeinträchtigung desselben gegeben sein würde [77].

Es ist aber die Frage, — und sie wird von Verschiedenen verschieden beantwortet — welche Rechtsgeschäfte hierher zu zählen seien. Die Meinung, welche ich für die richtige halte, daß alle Rechtsgeschäfte dahin zu zählen seien, wofür das Gesetz besondere Förmlichkeiten vorgeschrieben hat, finde ich nur bei Boileux ausdrücklich ausgesprochen [78], Proudhon scheint dasselbe vorauszusetzen, die Uebrigen heben nur einzelne jener Rechtsgeschäfte heraus.

Es scheint uns nun auch ein sehr nahe liegender Schluß a contrario eine solche Beschränkung zu gebieten. In den

---

77) Bigot zu Art. 1314: „On a voulu par ces formalités mettre le mineur dans la possibilité de contracter". Disc. publ. V. p. 80.

78) Diejenigen gehören natürlich nicht hierher, welche die Rechtsgeschäfte des Minderjährigen schon durch den Hinzutritt des Vormundes unanfechtbar werden lassen.

Art. 1306 und f. zählt der C. N. diejenigen Fälle auf, in welchen der Minderjährige auf Restitution keinen Anspruch machen könne, und rechnet dahin im Art. 1314 auch den Fall der Theilung und Veräußerung von Immobilien, wenn dabei alle gesetzlichen Formen beobachtet worden seien. Muß man nun nicht schließen, daß bei anderen Rechtsgeschäften die Beobachtung der besonderen für sie vorgeschriebenen Formen diese Wirkung nicht habe?

Man wüßte es gewiß, wenn man dadurch nur nicht in Widerspruch mit anderen ganz unzweifelhaften Sätzen geriethe. Denn zuerst ist bereits im vorigen Paragraphen eine Stelle aus den Discussionen mitgetheilt worden, worin einer der Redactoren für den Vergleich dasselbe ausspricht, was der Art. 1314 für Theilung und Veräußerung von Immobilien bestimmt [79]), wie denn auch der Art. 467 selbst, nachdem er gesagt hat, daß der Vormund ohne Autorisation des Familienraths und Gutachten dreier Rechtsgelehrten keinen Vergleich für den Minderjährigen abschließen könne, hinzufügt: „la transaction *ne sera valable qu' autant* qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance"; womit doch nur gesagt sein kann, daß der Vergleich durch diese Homologation gültig werde. In derselben Weise macht der Art. 463, welcher vorschreibt, daß die dem Minderjährigen gemachte Schenkung vom Vormunde nur unter Autorisation des Familienraths angenommen werden dürfe, den ausdrücklichen Zusatz: „Elle aura à l'égard du mineur le même effet, qu'à l'égard du majeur". Für die Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft, wird dieses zwar im Art. 461 nicht ausdrücklich gesagt; jedoch erhält derselbe, was die Antretung betrifft, seine bestimmende Erläuterung durch den §. 2 des Art. 776, wo es heißt: „les successions échues aux mineurs et aux interdits ne pourront être

---

79) Disc. publ. III. p. 224.

valablement acceptées que conformément aux dispositions du titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation"; und für die Ausschlagung ergiebt sich dasselbe schon aus der ferneren Bestimmung des Art. 461, daß, wenn in Folge derselben ein Anderer die Erbschaft angetreten habe, sie für den Minderjährigen unwiderbringlich verloren sei. (Freilich kann er, wenn kein Anderer angetreten hat, sie nun, auch ohne Restitution gegen die Ausschlagung zu erlangen, noch in Anspruch nehmen.) Daß endlich auch die Veräußerung von Immobilien des Minderjährigen durch die Beobachtung der gehörigen Förmlichkeiten gültig werde, läßt sich zwar nicht aus dem Gesetzbuche selbst, wohl aber durch eine Stelle aus der Rede beweisen, womit Bigot den Titel über den Vergleich dem Corps légisaltif vorgelegt hat. Wo er von der Form der Vergleiche der Minderjährigen spricht, sagt er: „Si la vente de ses biens peut, lorsqu'il y a des motifs suffisants, être fait avec l'autorisation du conseil de famille et de la justice, ces formalités mettront également à l'abri ses intérêts dans les transactions"[80]). Er setzt also als sich von selbst verstehend voraus, daß die Veräußerung durch die genannten Formen gültig werde. Was von der Veräußerung, gilt natürlich auch für die neben ihr genannten Rechtsgeschäfte, Darlehnsaufnahme und Verpfändung; und wenn selbst die Veräußerung von Immobilien durch die Beobachtung der gesetzlichen Formen gültig wird, so läßt sich dasselbe für die Veräußerung von Mobilien, wovon der Art. 452 spricht, mit Fug nicht bezweifeln[81]).

---

80) Disc. publ. VI. p. 375.

81) Die Meinungen der Schriftsteller sind diese. Demante, Troplong und Boileux lassen durch die Beobachtung der gesetzlichen Formen gültig werden Veräußerung von Immobilien, Theilung, Annahme von Schenkungen, Vergleich, Toullier nur die

Man bemerke übrigens, auf welchem Boden sich hier die Interpretation befindet. Der Art. 1314 hebt einige der förmlichen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen heraus und sagt, daß dieselben durch die Beobachtung der gesetzlichen Formen gültig werden, — und doch darf sie nicht schließen, daß dies für die anderen nicht gelte. Ferner, der offizielle Erklärer der Art. 457 und f., einer der Redactoren, spricht aus, daß die Bestimmungen derselben mit denen des ältern Rechtes übereinstimmten, er wolle nur die Abweichung herausheben, daß der vom Vormunde mit Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften abgeschlossene Vergleich unanfechtbar sei, — und doch darf sie nicht schließen, daß die andern in jenen Artikeln genannten Rechtsgeschäfte, wie im alten Recht die Veräußerung von Immobilien, in allen Fällen anfechtbar seien. Von diesen Artikeln hebt einer, der Art. 463, es als etwas Besonderes hervor, daß das Rechtsgeschäft von welchem er spricht, durch Beobachtung der gesetzlichen Formen unanfechtbar werde, andere für andere Rechtsgeschäfte deuten es als etwas sich von selbst Verstehendes an, der Art. 457 endlich deutet es auch nicht einmal an, setzt es voraus.

Und daraus wieder, um noch einmal zu der im vorigen Paragraphen behandelten Frage zurückzukehren, daß eben in den meisten jener Artikel das Gültigwerden der Rechtsgeschäfte, von denen sie reden, durch Beobachtung der Formen, welche sie vorschreiben, als etwas sich von selbst Verstehendes angedeutet oder vorausgesetzt, nicht als etwas Besonderes hervorgehoben wird, daß nicht gesagt wird: der Vormund kann z. B. keine Immobilien des Minderjährigen veräußern ohne Beob-

---

Fälle des Art. 1314, Zachariae diese und die Annahme der Schenkungen. Was die Praxis betrifft, so finde ich bei Sirey kein diesen Fall betreffendes Urtheil, es scheint die gültigmachende Wirkung der gesetzlichen Formen bei keinem Rechtsgeschäfte bezweifelt worden zu sein.

achtung dieser Formen, beobachtet er sie nicht, so ist die Veräußerung nichtig, beobachtet er sie dagegen, so ist auch die Veräußerung — gegen die Regel — gültig; daß vielmehr gesagt wird: der Vormund kann keine Immobilien des Minderjährigen (gültig) veräußern ohne ...; daraus, sage ich, scheint geschlossen werden zu müssen, daß diejenigen Rechtsgeschäfte, für welche das Gesetz keine Formen vorschreibt, vom Vormunde allein gültig vorgenommen werden können, daß in Bezug auf sie die bloße Vertretung durch den Vormund dem Minderjährigen das Recht auf Restitution nehme. — Ich glaube nicht, daß dieser Schluß den im vorigen Paragraphen für das Gegentheil entwickelten Gründen gegenüber gemacht werden darf, aber muß auch gestehen, daß solche Dinge es auf Augenblicke wenigstens zweifelhaft machen können, ob es überhaupt möglich ist, für den C. N. sichere Resultate zu gewinnen [82]).

82) Ein ähnlicher Schluß, wie der hier abgewiesene, führt auf die Annahme, daß der Minderjährige auch gegen die Rechtsgeschäfte, bei welchen die besonderen für sie vorgeschriebenen Formen nicht beobachtet worden sind, nur das Rechtsmittel der Restitution habe. Wenn nämlich der Art. 481 für den emancipirten Minderjährigen vorschreibt: „le mineur émancipé... fera tous les actes, qui ne sont que de pure administration sans être restituable contre ces actes", darauf die Art. 482—484 bestimmen: „il ne pourra... diese und diese Rechtsgeschäfte vornehmen, ohne diese und diese Förmlichkeiten zu beobachten; so liegt nichts näher, als in dieselben aus dem Art. 481 zu übertragen: widrigenfalls er gegen diese Rechtsgeschäfte Restitution verlangen kann; was dann sogleich auch für den nicht emancipirten Minderjährigen gelten würde. — Hier aber brauchen wir uns nicht mit der Verweisung auf die Gründe, welche für das Gegentheil dessen, worauf dieser Schluß führen würde, sprechen, zu begnügen, wir haben den Vortheil, aus der Geschichte dieser Artikel nachweisen zu können, daß derselbe nicht gemacht werden dürfe. Der Art. 481 verdankt nämlich seine Fassung dem projet, in welchem, wie schon oben bemerkt worden ist, für die

XI.

Die letzte hier zu beantwortende Frage ist die, ob nicht nach dem Rechte des C. N. der noch nicht zum Gebrauche seiner Vernunft gelangte Minderjährige absolut handlungsunfähig sei, wie es nach römischem Rechte der infans wirklich war. Diese Frage wird bejaht von Proudhon[83]), Toullier[84]), Boileux[85]), den Codes français annotés[86]), Zachariae[87]), verneint von Duranton[88]), und zwar deswegen, weil der C. N. im Art. 1125 ohne Unterschied dem mit dem Minderjährigen Contrahirenden die Befugniß abspreche, das Rechtsgeschäft anzufechten.

So unsicher nun auch sonst dieses Argument für den C. N. ist, so trifft es doch in diesem Falle das Richtige. Die Diskussionen lassen daran keinen Zweifel.

Der Art. 1125 enthielt noch in der dem Staatsrathe vorgelegten Redaction folgende Bestimmung: „les engagemens contractés par les impubères sont radicalement nuls“; sodann verfügte er, dem Sinne nach wie jetzt: „ceux contractés par les mi-

---

Handlungen des emancipirten Minderjährigen keine Form verlangt, demselben in allen Fällen nur das Rechtsmittel der Restitution gegeben wurde, so daß die Uebertragung des „sans être restituable“ in die folgenden Artikel, worin es einfach hieß: „le mineur émancipé ne peut ...“ allerdings das Richtige traf und im Sinne der Redactoren war. Die Gesetzgebungssection des Staatsraths hat darauf diese Rechtsgeschäfte des Emancipirten mit dem Schutze besonderer Formen in dem Sinne umgeben, daß die Nichtbeachtung derselben Nichtigkeit zur Folge haben solle; daran aber, daß nun der Art. 481 nicht mehr passe, hat man natürlich nicht gedacht.

83) l. c. p. 283.

84) VI. n. 104.

85) II. p. 659.

86) p. 726, n. 14. 15.

87) II. §. 334a zu Note 4.

88) X. n. 278.

neurs, les femmes mariées et les interdits ne peuvent être attacqués que par eux dans les cas prévus par la loi". Man sieht, hier war die römische impubertas und infantia verwechselt, wie es der Verfasser des Artikel mineur in Merlin's Répertoire thut. Aber darauf kommt es hier nicht an; genug, es war derselbe Gegensatz zwischen absoluter und relativer Handlungsunfähigkeit anerkannt, welchen das römische Recht aufstellt. — Im Staatsrathe wurde gegen diese Unterscheidung selbst keine Einwendung gemacht, aber gegen ihre Begrenzung der, daß der C. N. nirgends sage, was man unter einem impubère zu verstehen habe. Auf die Antwort eines Mitgliedes der gesetzgebenden Section, daß das wahr sei und daß man daher im ersten Buche (in der Lehre von der Ehe) diese unbestimmte Bezeichnung durch Nennung eines bestimmten Alters vermieden habe, daß man demnach das Wesen der Bestimmung beibehalten könne, bloß ihre Fassung ändernd, wurde der Artikel an die Section zurückverwiesen [89]. Aber diese strich ihn ganz, und Bigot gibt darüber folgende Auskunft [90]: „L'incapacité du mineur n'étant relative qu'à son intérêt, on n'a pas cru nécessaire d'employer la distinction entre les mineurs impubères et ceux, qui ont passé l'âge de la puberté". Das Alter der Pubertät, fährt er fort, ist nur der Ehe wegen bestimmt worden. Aber ist es nöthig oder auch nur zweckmäßig, diese auf dem Alter beruhende Unfähigkeit auf die Obligationen auszudehnen? Keineswegs. Das Gesetz erkennt an, daß der Minderjährige unter gewissen Voraussetzungen hinlängliches Urtheil habe, um sein Vermögen verwalten und über seine Einkünfte disponiren zu können, daß der 16jährige Minderjährige über die Hälfte seines Vermögens verfügen dürfe. „Il faudrait donc",

89) Disc. part. V. p. 14.
90) Disc. publ. V. p. 12.

meint er, „si l'on voulait prononcer à raison de l'âge une incapacité absolue de contracter, il faudrait fixer une époque de la vie, et comment discerner celle, où on devrait présumer un defaut total d'intelligence? Ne faudrait-il point distinguer les classes de la societé, où il y a moins d'instruction? Le résultat d'une operation aussi compliquée et aussi arbitraire ne serait-il pas de compromettre l'intérêt des impubères, au lieu de les protéger? *Dans leur qualité de mineurs la moindre lésion suffit, pour qu'ils se fassent restituer*, ils n'ont pas besoin de recevoir de la loi d'autres secours et, dans aucun cas, des gens capables de contracter ne doivent être admis à faire prononcer la nullité d'un acte, qui serait avantageux à des mineurs, même à des pubères [91]). Supposera-t-on, qu'une personne ayant la capacité de s'obliger contracte avec un enfant, qui n'ait point encore l'usage de sa raison, lorsqu'elle ne pourra en tirer aucun avantage? On n'a point à prévoir dans la loi, ce qui est contre l'ordre naturel et presque sans exemple".

Kein Zweifel also, daß nach dem Rechte des C. N. die Kinder zu behandeln sind, wie alle anderen Minderjährigen. Das Gesetz fingirt, daß sie einen Consens gegeben haben, auch wo sie nicht fähig dazu waren; es versagt dem andern Contrahenten das Recht, sich dem mit dem Kinde abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zu entziehen, und gibt diesem selbst — in den gewöhnlichen Fällen — dagegen nur die in integrum restitutio.

91) Es muß das ein Druckfehler sein für »impubères«.

VII.

Ueber die durch Zwang, Betrug, Irrthum begründete Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

I.

Nach der Lehre des C. N. sind die durch Zwang, Betrug, Irrthum hervorgerufenen Verträge nicht nuls de plein droit, sondern nur mit der action en nullité ou en rescision angreifbar (Art. 1117). Auch das römische Recht läßt durch Zwang und Betrug die Rechtsgeschäfte nicht ipso iure nichtig werden; den Irrthum dagegen behandelt es, wenn auch in einzelnen genau bestimmten Fällen als Rescissionsgrund [1]), doch in allen übrigen, und namentlich in denjenigen, von welchen der C. N. allein spricht [1a]), als Grund der Nichtigkeit [1b]). Als solchen bezeichnet ihn auch Pothier, dessen Darstellung [2])

---

1) Savigny System Band III. Beilage VIII. Num. II.

1a) In denjenigen, in welchen er eine Differenz zwischen dem erklärten und dem wirklichen Willen hervorgerufen hat.

1b) Ich habe mich hier, wie schon öfter im Laufe dieser Abhandlungen, einstweilen einer weit verbreiteten, wie man sieht, auch vom C. N. getheilten, Auffassung angeschlossen. Daß in diesen Fällen nicht der Irrthum, sondern jene Differenz der eigentliche Grund der Ungültigkeit sei, wird unten (§. 5) dargelegt werden.

2) Obligations n. 17 — 32.

in der ganzen Lehre von Zwang, Betrug, Irrthum für den C. N. Quelle gewesen ist. Wenn dieser nichtsdestoweniger aus dem Irrthume bloß eine Anfechtbarkeit entstehen läßt, so erklärt sich das nur aus seiner Befangenheit in den Ueberlieferungen einer Jurisprudenz, welche, von der Regel „les voies de nullité n'ont point de lieu en France" gedrängt, dem im römischen Rechte vorgefundenen Satze, daß der Irrthum Restitutionsgrund sei, ohne nähere Prüfung eine ihm bei Weitem nicht gebührende Erstreckung der Herrschaft zuerkannte. Wie aber der C. N. sich diesen von Außen aufgenommenen Satz zurechtzulegen und mit der Natur des Irrthums in Einklang zu bringen versucht habe, ist in der zweiten Abhandlung [3]) bereits gesagt worden; auch in dieser wird darauf noch zurückzukommen sein.

II.

Die vom Zwange, violence, näher handelnden Art. 1111—1114 des C. N. sind ein Auszug aus Pothier des obligations n. 21—27, welcher seinerseits wieder aus dem Titel der Digesten quod metus causa geschöpft hat. Sie lehren, daß der Zwang cause de nullité sei, möge er vom andern Contrahenten oder einem Dritten ausgegangen sein (Art. 1111) [4]), jedoch nur derjenige Zwang, welcher seiner Natur nach Eindruck auf eine „personne raisonnable" zu machen und ihr die Furcht vor einem bedeutenden [5]), gegenwärtigen [6]), Person oder Vermögen bedrohenden Uebel einzuflößen geeignet sei. „On a égard", wird hinzugesetzt, „en cette matière à l'âge, au sexe

3) S. 67.

4) Pothier n. 23. Quelle: l. 9. §. 1 D. quod metus causa. Ueber das Verhältniß beider Bestimmungen Näheres in Note 15.

5) Pothier n. 25, l. 5 D. t. c.

6) Pothier das., l. 9. pr. D. eod.

et à la condition des personnes“ (Art. 1112). Hier hat der „homo constantissimus“ der l. 6 D. quod metus causa der „personne raisonnable“, wobei noch auf die Eigenthümlichkeiten des besonderen Falles Rücksicht genommen werden soll, Platz gemacht, nach Pothiers Vorgang [7]), welcher damit eine Berichtigung des römischen Rechts gegeben zu haben glaubt, während Bigot mit mehr Grund in dieser Bestimmung nur eine richtige Interpretation desselben sieht [8]). Eine wirkliche Abweichung vom römischen Rechte liegt aber darin, daß auch das Vermögen betreffende Drohungen zur Begründung der Rescissionsklage hinreichen sollen. Pothier sagt von dieser Abweichung nichts, und die Redactoren scheinen sie als solche nicht angesehen zu haben [9]). Nach Art. 1113 soll ferner nicht bloß, wie im römischen Rechte, eine den Kindern, sondern auch eine den Ascendenten und dem Ehegatten gedrohte Gefahr den dadurch hervorgerufenen Vertrag ungültig machen [10]). Die Bestimmung der l. 3. §. 1 D. h. t., daß der Zwang „adversus bonos mores“ sein müsse [11]), hat der C. N. nicht aufgenommen, wohl deswegen nicht, weil sie sich von selbst verstehe, obgleich nur eine einzelne Anwendung derselben ist, was er im Art. 1114 vorschreibt, daß die crainte révérentielle gegen

---

7) Obligations n. 25.

8) „Ces expressions „in homine constantissimo“ ont été rendues dans leur véritable sens“. Disc. publ. V. p. 10.

9) Bigot l. c.: „Il faut, *comme dans la loi romaine*, que ce soit une violence, qui puisse inspirer la crainte d'exposer sa personne *ou sa fortune* à un mal considérable et présent“.

10) Diese Ausdehnung der Bestimmung der l. 8 §. 3 D. quod metus causa findet sich schon bei Pothier n. 25: ... „soit en sa propre personne, soit en celle de ses enfans ou de quelque autre de ses proches“.

11) Pothier n. 26

einen Ascendenten, „sans qu'il y ait eu de violence exercée", nicht genüge, den Vertrag ungültig zu machen [12]).

III.

Dem Betruge hat der C. N. nur einen Artikel gewidmet, den Art. 1116 [13]). In demselben erklärt er ihn für Nullitätsgrund, „lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident, que sans ces manoeuvres l'autre partie n'aurait pas contracté". Er unterscheidet also zwischen wesentlichem und unwesentlichem Betrug, dolus causam dans und incidens, „le dol qui a donné lieu au contrat — tout autre dol, qui intervient dans les contrats", wie Pothier sich ausdrückt. Diese Unterscheidung, welche übrigens auch auf den Zwang anwendbar ist, ist an und für sich begründet; nur ist es irrig, den dolus incidens als Nullitätsgrund nicht zu behandeln, wenn man den dolus causam dans dafür erklärt. Wie der dolus causam dans Nullitätsgrund für diejenige Willensbestimmung ist, welche er hervorgerufen hat, so der dolus incidens für diejenige, deren Grund er ist; nur macht die Nullität der letzteren nicht das ganze Rechtsgeschäft ungültig, da sie kein wesentlicher Bestandtheil desselben ist. Oder mit andern Worten: auch der dolus incidens ist causam dans, allerdings nicht causam dans contractui.

Der Betrug ist aber nach der Vorschrift des C. N. nur dann Nullitätsgrund, wenn er von dem anderen Contrahenten ausgegangen ist. „Le dol est une cause de nullité, lorsque les manoeuvres pratiquées *par l'une des parties* sont telles...", heißt es im Art. 1116, während vom Zwange gesagt wird: „la violence exercée contre celui, qui a contracté l'obliga-

12) Pothier n. 27.
13) Quelle: Pothier l. c. n. 28—32.

tion, est une cause de nullité..." (Art. 1111). Dieser Satz stammt aus dem römischen Rechte; aber schon in der vierten Abhandlung [14]) ist bemerkt worden, daß er die römische Regel, aus welcher er entstanden ist, nicht rein, sondern umgewandelt wiedergibt. Die Regel, wodurch das römische Recht die Klage aus dem Betruge beschränkt, lautet: aus dem Betruge kann nur gegen denjenigen geklagt werden, welcher betrogen hat. Der Prozeß dieser Umwandlung ist an dem angeführten Orte näher dargelegt worden [15]).

Wo Pothier den dolus als „mauvais artifices" und „mauvaises manoeuvres" definirt, fügt er noch hinzu: „et ces mauvaises manoeuvres doivent être pleinement justifiées", dafür citirend l. 6. C. de dolo malo: „Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit". Ich führe dies nur deswegen an, weil sich daraus die seltsame Vorschrift des §. 2 des Art. 1116: „il (le dol) ne se présume pas et doit être prouvé" erklärt. Seltsam nenne ich diese Vorschrift, weil sie die Regel vorauszusetzen scheint, daß Thatsachen nicht bewiesen zu werden brauchen, und daß namentlich für Zwang und Irrthum, denen der Betrug hier gegenübergestellt wird, eine Präsumtion spreche. In einem Rescripte, woraus sie stammt, hatte jene Bemerkung guten Sinn; in ein Gesetzbuch durfte sie nicht aufgenommen werden.

---

14) S. 157.

15) Die Regel für die Klage aus dem Zwange hat eine ähnliche Umwandlung erfahren; aber hier ist das Resultat dasselbe geblieben. Denn diese Regel leugnete, daß die Klage aus dem Zwange unzuläßig sei, wenn derselbe nicht von einer bestimmten Person (dem Beklagten) ausgegangen sei. Indem nun der C. N. leugnet, daß der andere Contrahent gezwungen haben müsse, wenn die Klage aus dem Zwange zuläßig sein solle, sagt er nur dasselbe, wie das römische Recht, nämlich daß aus dem Zwange geklagt werden könne, es möge gezwungen haben, wer wolle.

IV.

Bemerke man aber nun, daß die action en nullité ou en rescision, welche der C. N. aus Zwang und Betrug entstehen läßt, keineswegs die einzige Klage ist, mit welcher nach demselben aus diesen Thatsachen geklagt werden kann. Neben der Nullitätsklage auf Aufhebung des durch Zwang oder Betrug hervorgerufenen Rechtsgeschäfts gegen den anderen Contrahenten und den dritten Besitzer, im Allgemeinen also gegen denjenigen, welcher sich auf dieses Rechtsgeschäft beruft, geht eine Delictsklage auf Ersatz des durch Zwang oder Betrug verursachten Schadens gegen den Zwingenden und Betrügenden einher. Diese Klage ist dadurch, daß sie der C. N. in der Lehre vom Zwange und Betruge nicht sanctionirt hat, nicht ausgeschlossen, vielmehr sowohl nach allgemeinen Grundsätzen zuläßig, als durch die ausdrückliche Verfügung des Art. 1382: „tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer" gerechtfertigt. Sie kann mit der Nullitätsklage concurriren, aber sie concurrirt mit ihr nicht nothwendig. Aus dem Zwange kann gegen den andern Contrahenten und den Drittbesitzer, wenn der Zwang von ihnen ausgegangen ist, mit beiden Klagen, wenn dies nicht der Fall ist, nur mit der Nullitätsklage, gegen denjenigen, welcher gezwungen hat, ohne zugleich anderer Contrahent oder Drittbesitzer zu sein, nur mit der Delictsklage geklagt werden. Aus dem Betruge sind beide Klagen nur gegen den andern Contrahenten welcher betrogen hat, begründet, gegen den Drittbesitzer, welcher betrogen hat, geht, wie gegen den Betrüger, welcher weder Drittbesitzer noch anderer Contrahent ist, nur die Delictsklage, gegen den Drittbesitzer, wenn der andere Contrahent

betrogen hat, nur die Nullitätsklage. (Wenn ein Dritter betrogen hat, ist gegen den andern Contrahenten und gegen den Drittbesitzer gar keine Klage zulässig, eben so wenig gegen den andern Contrahenten, wenn der Drittbesitzer betrogen hat [15a]). Das Verhältniß des Inhalts dieser Klagen ist dieses. Die Delictsklage ist weiter, als die Nullitätsklage; mit jener wird Alles erlangt, was auch diese gewährt, nicht aber umgekehrt. Mit der Nullitätsklage kann der Kläger immer nur das fordern, was der Beklagte aus dem ungültigen Rechtsgeschäfte hat, mit der Delictsklage aber Alles, was er verloren hat. Daher macht auch da, wo beide Klagen concurriren, die Nullitätsklage die Delictsklage keineswegs immer überflüssig. Natürlich aber können sie vereint angebracht werden, und werden sich dann, bei der heutigen Form der Prozeßführung, äußerlich nicht von einander unterscheiden [16]).

15a) Man vergleiche folgendes Schema, in welchem A. den anderen Contrahenten, B. den Drittbesitzer, C. den Fremden, welcher weder anderer Contrahent noch Drittbesitzer ist, N. Nullitätsklage, D. Delictsklage bezeichnet.

	A.	B.	C.
Wenn A. gezwungen hat, so geht gegen:	N. D.	N.	—
„ B. „ „ „ „ „	N.	N. D.	—
„ C. „ „ „ „ „	N.	N.	D.
Wenn A. betrogen hat, so geht gegen:	N. D.	N.	—
„ B. „ „ „ „ „	—	N. D.	—
„ C. „ „ „ „ „	—	—	D.

16) Die actio quod metus causa und die actio de dolo sind nur Delictsklagen, sie sind auf restitutio gerichtet, aber nicht in integrum restitutio durch den Richter, sondern Wiederherstellung des durch Zwang oder Betrug veränderten Zustandes durch den Beklagten. Diese Doppelsinnigkeit des Wortes restitutio hat die Umbildung, welche jene Klagen im französischen Rechte erfahren haben, versteckt. Die Wirkung dieser Umbildung war die Erstreckung der actio de dolo auf den Drittbesitzer, welche dann aber wieder, in Folge der römischen Regel, nach welcher die actio de dolo nur gegen den Be-

V.

Die Bestimmungen, welche der C. N. über den Irrthum gibt, können ihr wahres Licht nur dadurch erhalten, daß sie der richtigen, aus der Natur des Irrthums entwickelten, im römischen Recht anerkannten, Theorie gegenübergestellt werden.

Daß sich Jemand bei einer Willenserklärung geirrt habe, kann man in doppeltem, wesentlich verschiedenem Sinne von ihm sagen. Einmal kann man damit meinen, daß er zu dem erklärten, wirklich gehabten Willen durch einen Irrthum bestimmt worden sei, dann aber auch, daß er in Folge des Irrthums nicht seinen wirklichen Willen erklärt habe. In beiden Fällen hat der Irrthum eine durchaus verschiedene Bedeutung.

Im ersten Falle thut er der Gültigkeit der Willenserklärung keinen Eintrag. Dasjenige, was derselben Bestand gibt und bei dem Rechte Anerkennung verschafft, ist ihre Congruenz mit dem wirklichen Willen; auf das Motiv dieses Willens nimmt das Recht so lange keine Rücksicht, als dasselbe nicht in die sittliche Ordnung der Dinge, welche es zu schützen berufen ist, in verletzender Weise eingreift. Von dieser Art ist der Zwang, und deswegen gewährt es, obgleich es die erzwungene Willenserklärung, als dem wirklichen Willen entsprechend, ebenfalls zunächst anerkennt, gegen die Geltendmachung derselben von Seiten des dadurch Berechtigten Hülfe.

---

trüger geht, auf den Fall beschränkt wurde, wo der andere Contrahent betrogen hat (s. S. 157). Eine sonstige Differenz zwischen dem römischen und dem französischen Rechte besteht nicht; denn die Klage, welche das römische Recht aus dem Zwange gegen denjenigen gibt, welcher nicht gezwungen hat, hat, als nicht gegen den Delinquenten gerichtet, keinen anderen Inhalt, als die französische Nullitätsklage.

Von dieser Art ist nicht der Irrthum, wenn sich dabei Niemand etwas vorzuwerfen hat, als der dadurch Bestimmte. Nur wenn sich dieses Verhältniß ändert, wenn der Irrthum nicht in der mangelhaften Erkenntniß des Irrenden, sondern in gewinnsüchtigen Machinationen eines Dritten seinen Grund hat, tritt das Gesetz dem darin liegenden Eingriff in die sittliche Ordnung der Dinge in derselben Weise entgegen, wie dem Zwange, es gewährt, wie gegen ihn, Hülfe auch gegen den Betrug.

Der Irrthum im Beweggrunde macht also die Willenserklärung nicht ungültig. Pothier lehrt dasselbe[17]), und daher müßten wir bei dem Schweigen des C. N. über diese Art des Irrthums selbst dann annehmen, daß er derselben Ansicht sei, wenn dies auch nicht von Bigot im Corps législatif mit Berufung auf Pothier und Barbeyrac, (auf den sich jener stützt,) ausdrücklich ausgesprochen worden wäre[18]).

Wenn sich dagegen Jemand bei einer Willenserklärung in der Weise geirrt hat, daß er einen andern als seinen wirklichen Willen erklärt hat, so ist die Willenserklärung nichtig.

Nur ist der eigentliche Grund dieser Nichtigkeit nicht der Irrthum, sondern die Unwirklichkeit, die Nichtexistenz des erklärten Willens; der Irrthum macht es nur begreiflich, wie Jemand einen Willen hat erklären mögen, den er nicht wirk-

17) l. c. n. 20.

18) „Pour que l'erreur soit une cause de nullité de la convention, il faut..., que le juge puisse être convaincu, que la partie ne se serait point obligée, si elle n'avait pas été dans cette erreur. C'est en suivant cette règle, que l'on doit décider avec Barbeyrac et Pothier, que l'erreur dans les motifs d'une convention n'est une cause de nullité, que dans les cas, où la vérité de ces motifs peut être regardée comme une condition, dont il soit clair, que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement". Disc. publ. V. p. 9.

lich gehabt hat[19]). Deswegen nennt Savigny diesen Irrthum den unächten Irrthum[20]).

Was hier für die Willenserklärungen im Allgemeinen gesagt worden ist, gilt natürlich auch für diejenigen, welche sich mit einer anderen zu einem Ganzen, zu einem Vertrage, verbunden haben. Betrachtet man aber nun den Vertrag als dieses aus zwei verbundenen Willenserklärungen bestehende Ganze, so kann sich dabei der Irrthum noch in anderer Weise wirksam zeigen. Es kann nämlich, während jeder Contrahent seinen wirklichen Willen erklärt, jeder einen verschiedenen erklären, irrig annehmend, seine Erklärung stimme mit der des anderen überein. Auch dann kommt kein Vertrag zu Stande, aber auch dann wieder nicht wegen des Irrthums, sondern wegen des mangelnden Consenses, der Irrthum hat nur die Bedeutung, daß er dem Contrahenten diesen Mangel versteckt.

Auch da, wo der Irrthum bei Uebereinstimmung der Willenserklärungen nur Ursache gewesen ist, daß ein Contrahent einen Willen erklärt hat, welchen er nicht wirklich hatte, kann man sagen, der Vertrag sei wegen Mangels des Consenses nichtig, insofern die irrige Willenserklärung keinen Bestand hat, oder auch wegen Dissenses, insofern der wirkliche Wille des Irrenden von dem wirklichen (und erklärten) Willen des anderen Contrahenten abweicht. So spricht das römische Recht sowohl von einem dissensus als einem error in corpore.

---

19) Eine derartige Erklärung ist übrigens nicht bloß unter der Voraussetzung eines Irrthums denkbar. Bei der Simulation z. B. ist ein solcher nicht vorhanden, und doch ist in den Fällen derselben die Willenserklärung aus demselben Grunde, wegen Nichtübereinstimmung mit dem wirklichen Willen, nichtig. Vergl. Savigny System III. §. 134.

20) a. O. §. 135.

Wie verhält sich zu dieser Theorie des Irrthums die des C. N.?

Der C. N. bezeichnet den Irrthum als cause de nullité der Verträge, aber nicht denjenigen Irrthum, welcher die Uebereinstimmung der Willenserklärungen ausschließt. Er nennt zwar als Grundbedingung der Gültigkeit des Vertrags „le consentement de celui, qui s'oblige" (Art. 1108), aber von dem Falle, wo dieses consentement in Folge eines Irrthums nicht stattfindet, spricht er nicht im Besonderen. Er erkennt also richtig an, daß in einem solchen Falle nicht der Irrthum, sondern der Mangel des Consenses der eigentliche Grund der Ungültigkeit des Vertrages sei.

Dagegen bezeichnet er denjenigen Irrthum, in Folge dessen ein Contrahent einen anderen Willen erklärt, als er wirklich hat, allerdings als Grund der Ungültigkeit der Verträge. Und zwar nicht ihrer Nichtigkeit, sondern ihrer Anfechtbarkeit. Er sagt nicht, daß der von dem Irrenden gegebene Consens im Grunde kein Consens sei, weil er seinem wirklichen Willen nicht entspreche, sondern er sagt, daß der Irrende seinen Consens anfechten könne, weil er „non valable" sei. Der C. N. behandelt also den scheinbaren Consens als wirklichen, den Schein eines Vertrages als wirklichen Vertrag [21]). Und dieser Gedanke, — daß doch trotz des Irrthums

21) Zwar wäre, wenn der C. N. den Irrthum über die Substanz als cause de nullité bezeichnet, an und für sich denkbar, daß er denselben mit Marcellus (l. 9. §. 2 D. de contrahenda emtione) und Labeo (l. 45 eod.) nicht die Wirkung zuschreibe, die Congruenz zwischen dem wirklichen und dem erklärten Willen auszuschließen, sondern daß er ihn nur als irriges Motiv der Erklärung des wirklichen Willens — über diese Sache zu contrahiren — auffasse. Aber er nennt unmittelbar neben dem Irrthum über die Substanz auch den Irrthum über die Person, und bei diesem ist eine solche Auffassung ganz unmöglich. Wenn ich mit A. contrahiren zu

die äußere Gestalt eines Vertrages vorhanden sei, — ist es eben, womit er sich bei dem in der älteren Jurisprudenz vorgefundenen Satze, daß gegen den Irrthum nur durch Restitution geholfen werden könne, beruhigt hat.

Und das ist nicht der einzige Vorwurf, welcher dem C. N. gemacht werden muß. — Der C. N. schreibt die Wirkung, das consentement non valable zu machen, nur dem Irrthume über die Substanz der Sache, welche den Gegenstand des Vertrages bildet, und über die Person, mit welcher contrahirt wird, zu; nur diese Arten des Irrthums bezeichnet er als causes de nullité (Art. 1110). Also dem Irrthume über den Gegenstand selbst, worüber contrahirt wird, und über die juristische Natur des Vertrages ist auf die Gültigkeit desselben kein Einfluß zuzugestehen? Unmöglich. Dann aber bleibt nur die andere Annahme übrig, daß der C. N. der Ansicht sei, diese Arten des Irrthums hätten nothwendigerweise die Wirkung, das consentement ganz auszuschließen; mit anderen Worten, eine Differenz zwischen den Contrahenten über den Gegenstand und die Natur des abzuschließenden Vertrages sei nur so denkbar, daß der eine glaube, sein Gegner habe eine andere Willenserklärung abgegeben, als in Wirklichkeit der Fall ist, nie so, daß ein Contrahent einen andern Willen zu erklären glaube, als er wirklich thue. Diese Annahme wird zur Gewißheit, wenn man einen Blick auf die Quelle des C. N., Pothiers Darstellung der Lehre

---

wollen erkläre, während ich mit B. wirklich contrahiren will, so ist die Differenz zwischen meinem wirklichen Willen und meiner Erklärung eine so bedeutende, daß der letzteren irgend welcher Bestand unmöglich zugeschrieben werden kann. Doch mag jene mögliche Auffassung des Irrthums über die Substanz mit dazu beigetragen haben, den C. N. auf dem falschen Wege, den er eingeschlagen hatte, zu erhalten.

vom Irrthume[22]) wirft. **Pothier** sagt von dem Irrthume über die Natur des Vertrages und seinen Gegenstand: „dans tous ces cas il n'y a pas de consentement", von dem Irrthume über die Substanz und die Person: „l'erreur détruit mon consentement". — Im Hinblick auf diese Darstellung **Pothier's** ist nun auch ferner anzunehmen, daß der C. N. dem Irrthume über die Substanz und über die Person ebenfalls die **ausschließliche** Wirkung beilege, das consentement non valable zu machen. An und für sich wäre diese Annahme nicht nöthig; denn da der C. N. nur von dieser einen Wirkung des Irrthums handelt, so folgt daraus, daß er sie einer bestimmten Art desselben beilegt, nicht, daß er derselben die andere abspreche. Indem hingegen **Pothier** die verschiedenen Arten des Irrthums durchgeht, und der einen diese, der anderen jene Wirkung zuschreibt, spricht er allerdings aus, daß jede Art eine andere, als die ihr beigelegte Wirkung nicht habe.

Diese Entgegensetzung der verschiedenen Arten des Irrthums ist aber durch Nichts gerechtfertigt; sie beruht zum Theil auf einer oberflächlichen Auffassung, zum Theil sogar auf einer Begriffsverwechslung.

Was zunächst den Irrthum über die Substanz angeht, so ist es allerdings zuzugeben, daß er **in der Regel** die Uebereinstimmung der Willenserklärungen nicht ausschließen wird. Man denke sich z. B., Jemand habe eine vergoldete Schüssel bekommen, wo er eine goldene zu kaufen der Meinung gewesen sei; wie wird der Handel geschlossen worden sein? In der Regel so, daß ihm eine Schüssel zum Verkauf angeboten worden ist, er, sie für eine goldene haltend, er-

---

22) Obligations n. 17—20.

klärt hat, er wolle diese Schüssel kaufen; wo dann allerdings beide Contrahenten dieselbe Erklärung abgegeben haben. Aber denkbar ist ein solcher Handel doch auch so, daß sein Mangel selbst in der Incongruenz der Willenserklärungen hervortritt. Z. B. Es wird Jemandem brieflich eine Schüssel, welche er kennt, zum Verkauf angeboten, mit dem ausdrücklichen Zusatz, daß sie vergoldet sei; er, der von jeher der Ansicht gewesen ist, daß sie von Golde sei, übersieht das Wort „vergoldet“ und schreibt zurück, daß er die ihm angebotene goldene Schüssel für den geforderten Preis nehmen wolle.

Auch bei dem Irrthume über die Person wird in der Regel Uebereinstimmung der Willenserklärungen vorhanden sein. Denn der sich zunächst darbietende Fall dieses Irrthums ist der, wo ich mit dem A. contrahire, ihn für den B. haltend. Aber der einzig denkbare Fall dieses Irrthums ist das wieder nicht; es kann auch vorkommen, daß ich ein Vertragsanerbieten von einer Person empfangen zu haben glaube, welche es mir nicht gemacht hat, und nun dieser meine Zustimmung erkläre. Z. B., es wird mir ein solches Anerbieten brieflich gemacht, und ich schreibe meine zustimmende Antwort einer Person zurück, welche denselben Namen hat, wie der Briefsteller.

Dem Irrthume über die Natur des Vertrages will der C. N. umgekehrt keine andere Wirkung zugestehen, als die, den Consens auszuschließen. Aber auch hier ist nur zuzugeben, daß derselbe diese Wirkung in der Regel haben wird, zu leugnen, daß er keine andere haben kann. Es ist denkbar, daß Jemand, irrig annehmend, der andere Contrahent wolle ihm verkaufen, während derselbe nur von Miethe gesprochen hat, für die genannte jährliche Abgabe kaufen zu wollen er-

kläre; daß er nun außerdem auch noch erkläre, er wolle miethen, glaubend, er erkläre kaufen zu wollen, ist in der That sehr fern liegend. Aber auch nur so lange, als man bei ihm Bewußtsein über die Erklärung, welche er abgibt, voraussetzt. Man denke sich aber, er unterschreibe eine ihm vorgelegte Urkunde, ohne sie gelesen zu haben, glaubend, daß darin von einem Kaufvertrage gesprochen werde, während in der That nur von Miethe die Rede ist; ist dann nicht Irrthum über die Natur des Vertrages vorhanden und doch äußerlicher Consens?

In gleicher Weise verhält es sich mit dem Irrthume über den Gegenstand des Vertrages, wenn derselbe eine fungible Sache ist. Wer nur weiß, was er sagt, wird nicht Weizen nennen, wenn er Korn kaufen will, und nicht 20 versprechen, wenn er nur 10 geben will. Aber ein unbewußtes Aussprechen des nicht Gewollten ist doch auch hier in derselben Weise denkbar, wie in dem vorigen Falle.

So weit also ist die Auffassung des C. N. nur eine oberflächliche, das zunächst Liegende für das Einzige nehmend. Wenn derselbe nun aber ferner auch dem Irrthume über die Sache selbst, welche den Gegenstand des Vertrages bildet, keine andere Wirkung zuschreibt, als die, den Consens auszuschließen, so beruht das auf einer offenbaren Begriffsverwechslung. Denn dieser Irrthum wird umgekehrt weit eher die Wirkung haben, das consentement non valable zu machen. Es ist viel eher denkbar, daß ich die von dem anderen Contrahenten gegebene Bezeichnung auf die unrichtige Sache beziehe, als daß ich sie falsch höre oder lese. Warum also nimmt der C. N. in Folge dieses Irrthums Dissens an? Weil es Pothier thut; und dieser wieder thut es, weil das römische Recht in der l. 9 pr. D. de contrahenda emtione von

einem dissensus, nicht von einem error in corpore spricht. Aber das römische Recht versteht hier unter dissensus nicht die Incongruenz der Willenserklärungen, sondern die Incongruenz der wirklichen Willen. Es handelt von dem Falle, wo der Verkäufer den fundus Sempronianus verkaufen, der Käufer den fundus Cornelianus kaufen will; dann, sagt es, emtio nulla est. Unter welchem Irrthume sich dieser Dissens verstecke, ob der Käufer gemeint habe, der fundus welchen er kaufen will, habe den Namen fundus Sempronianus, – wo Uebereinstimmung der Willenserklärungen vorhanden ist, — oder ob er gehört zu haben glaube, der Verkäufer habe von dem fundus Cornelianus gesprochen, während er den Sempronianus genannt hat, — wo neben dem inneren Consens auch der äußere mangelt: — diese Frage wirft das römische Recht sich nicht auf, es genügt ihm, daß die wirklichen Willen nicht übereinstimmen. Es versteht hier also unter Consens etwas ganz Anderes, als der C. N., wenn er das consentement als Grundbedingung der Existenz des Vertrages bezeichnet, gerade dasjenige, dessen Mangel nach der Theorie des letzteren für die Existenz des Vertrages ganz gleichgültig ist.

Welche Rechtsregel aber ist zur Anwendung zu bringen, wenn eine bestimmte Art des Irrthums anders wirkt, als der C. N. voraussetzt? Ohne Zweifel diejenige, welche er für diesen Fall vorgeschrieben haben würde, wenn er vorausgesetzt hätte, daß jener Irrthum eine solche Wirkung ausüben könne. Was der C. N. eigentlich will, sagt er sehr bestimmt; er will, daß der Vertrag nichtig sei, wenn die Uebereinstimmung der Willenserklärungen fehle, anfechtbar, wenn die von einer Parthei gegebene Zustimmung eine irrige sei. Wenn er sodann im Art. 1110 eine irrige Bestimmung der Fälle gibt, in welchen der Irrthum die eine und die andere Wirkung habe, so ist dieselbe, eben weil sie irrig ist, der C. N. also dadurch seinen

wirklichen Willen nicht ausgesprochen hat, gerade nach der Regel, welche uns hier beschäftigt, für uns nicht bindend [23]).

V.

Bisher ist von der verschiedenen Bedeutung geredet worden, welche der C. N. dem (unächten) Irrthume je nach seinem verschiedenen Gegenstande zuschreibt. Es ist jetzt noch die Frage zu beantworten, ob in seinem Sinne dem Irrthume diejenige Wirkung, welche er ihm im Allgemeinen zuschreibt, immer beizulegen sei.

Der C. N. beantwortet diese Frage nur für diejenigen Arten des Irrthums, von welchen er überhaupt handelt, für den Irrthum über die Eigenschaften der Sache, über welche, und über die Person, mit welcher contrahirt wird. In allgemeinerer Betrachtung ist Folgendes zu sagen.

Der Irrthum macht den Vertrag dann ungültig, wenn er eine wesentliche Differenz zwischen dem wirklichen und dem erklärten Willen, oder den beiden (dem wirklichen Willen entsprechenden) Willenserklärungen hervorbringt.

Eine solche Differenz wird nun immer der Irrthum über die Natur des einzugehenden Vertrages, ferner der Irrthum über den Gegenstand dann hervorbringen, wenn derselbe individuell bestimmt ist, oder, wo er eine fungible Sache ist, wenn der Irrthum sich auf das genus derselben bezieht. Bezieht er sich aber auf die Quantität des Versprochenen, so ist zu unterscheiden. Ist der Vertrag ein einseitiger, so besteht er für die geringere der verschiedenen gewollten oder genannten Quantitäten; denn für diese ist sowohl Willenswirklichkeit,

---

23) Im einzelnen Fall trifft er auch wieder das Richtige. Nach Art. 2053 kann der Vergleich wegen Irrthums über den Gegenstand rescindirt werden.

als Willenserklärung, als Consens vorhanden[24]). Ist aber der Vertrag ein zweiseitiger, so kommt es darauf an, ob derjenige, welcher die Quantität versprochen hat, mehr oder weniger leisten zu wollen erklärt hat, als er wirklich leisten wollte, oder, wenn er die Quantität leisten zu wollen erklärt hat, welche er auch wirklich leisten wollte, ob der Gegner geglaubt hat, mehr oder weniger sei ihm versprochen, als wirklich geschehen ist; im Allgemeinen also, ob dieser mehr oder weniger zu bekommen erwartet hat, als ihm der Andere wirklich zu leisten den Willen hatte. Im ersten Falle ist der Vertrag nichtig, im zweiten Falle ist wieder für die geringere Quantität wie Willenswirklichkeit, so auch Consens vorhanden[25]).

Auch der Irrthum über die Eigenschaften des individuellen Gegenstandes, worüber contrahirt wird, kann für einen wesentlichen durchaus nicht immer gehalten werden. Wesentlich ist z. B. nicht der Irrthum über den Namen. Wesentlich ist kein Irrthum, kraft dessen nicht der Sache solche Eigenschaften zugeschrieben werden, durch welche sie in der Werthschätzung des Verkehrs zu einer Sache ganz anderer Art

---

24) Wer 200 versprochen hat, während er nur 100 versprechen wollte, hat doch auch 100 versprochen; wer 100 versprochen hat, während er 200 versprechen wollte, wollte doch auch 100 versprechen. Dasselbe gilt für die Annahme. Ergibt sich nun aus dieser Reduction, daß der Gläubiger mehr angenommen, als der Schuldner versprochen hat, so hat er doch auch dieses Wenigere angenommen; hat er weniger angenommen, so hat der Schuldner doch auch dieses Wenigere versprochen. Das Gleiche gilt natürlich auch da, wo jeder Contrahent seinen wirklichen Willen erklärt hat.

25) Wer für 200 kaufen will, will auch für 100, die er genannt hat, oder der Verkäufer genannt glaubt, und wofür derselbe verkaufen zu wollen erklärt hat, kaufen, nicht aber umgekehrt. Vergl. Savigny III. S. 274. 275.

werden würde, als sie wirklich ist. Eine bestimmtere Vorschrift läßt sich hier der Natur der Sache nach nicht geben, den Sinn und die Bedeutung derselben aber hat Savigny[26]) so vortrefflich entwickelt, daß hier jede fernere Bemerkung mindestens überflüssig sein würde. Der C. N. will dieselbe Vorschrift geben, wenn er sagt, daß nur der Irrthum über die Substanz der den Gegenstand des Vertrages bildenden Sache den Vertrag ungültig mache. Die Bestimmung ist aus Pothier entlehnt, welcher den Irrthum über eine Eigenschaft, „qui fait la substance de la chose", von dem Irrthume „sur quelque qualité accidentelle" unterscheidet[27]). — Aber auch derjenige Irrthum, welcher sich auf eine in dem angegebenen Sinne wesentliche Eigenschaft der Sache, worüber contrahirt wird, bezieht, ist nicht immer wesentlich, macht den Vertrag nicht immer nichtig. Es ist hier eine ähnliche Unterscheidung zu machen, wie bei dem Irrthume über die Quantität[28]). Derjenige, der im einseitigen Vertrage eine Sache gibt oder verspricht, welcher er einen größeren Werth beilegt, als sie wirklich hat, wollte doch auch eine Sache dieses geringeren Werthes aufgeben; ebenso wollte derjenige, welcher eine Sache größeren Werthes anzunehmen glaubt, doch auch eine Sache dieses geringeren Werthes annehmen. In beiden Fällen ist also der Vertrag nicht ungültig, sondern nur dann, wenn Jemand eine Sache, welche einen größern Werth hat, als er glaubt, gibt oder annimmt[29]). Gleicherweise ist der zweiseitige Vertrag dann

---

26) III. §. 137—139.

27) Obligations n. 18.

28) Vergl. Savigny III. S. 298 f.

29) Dann ist der Schuldner auch nicht etwa auf den Geldwerth, welcher der Sache beigelegt worden ist, verpflichtet. Der Vertrag war eben nicht auf Geld, sondern auf eine individuelle Sache gerichtet.

nicht ungültig, wenn der Irrthum dem Irrenden eine werthvollere Sache, als er zu erhalten glaubte, oder den Preis einer werthvolleren, als er hingegeben hat, verschafft hat [30]), sondern nur in den umgekehrten Fällen.

Eine gleiche Unterscheidung, wie bei dem Irrthume über die Eigenschaften des Vertragsgegenstandes, macht Pothier und nach ihm der C. N., abweichend vom römischen Rechte [31]), auch beim Irrthume über die Person. „Toutes les fois", sagt Pothier [32]), „que la considération de la personne, avec qui je veux contracter, entre pour quelque chose dans le contrat, que je veux faire, l'erreur détruit mon consentement et rend par conséquent la convention nulle. Au contraire, lorsque la considération de la personne, avec qui je croyais contracter, n'est entrée pour rien dans le contrat, et que j'aurais voulu faire ce contrat avec quelque personne que ce fût, comme avec celui, avec qui j'ai contracté, le contrat doit être valable". Ebenso der C. N. in §. 2 des Art. 1110: „Elle (l'erreur) n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne, avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention". [33])

---

30) Wer eine vergoldete Schüssel für 100 kaufen will, will dafür auch eine goldene erwerben, wer eine goldene Schüssel für 100 verkaufen will, dafür auch eine vergoldete verkaufen.

31) Savigny III. S. 296 – 272.

32) l. c. n. 19.

33) Der Art. 2053 bestimmt: „Une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation". Die Schriftsteller (Toullier VI. n. 54, Duranton X. n. 124, Zachariae II. §. 422 Note 2) sehen darin eine Ausnahme von der Vorschrift des Art. 1110. Ich glaube mit Unrecht; man kann recht wohl in dem Art. 2053 nur eine Wiederholung des Art. 1110 für diesen einzelnen Fall, eine Verweisung also auf dessen nähere Bestimmungen, finden. Auch zeigen die Discus-

VI.

Nachdem von dem unächten Irrthume vollständig gehandelt worden ist, muß unsere Darstellung noch einmal zu dem Irrthume im Beweggrunde zurückkehren und untersuchen, ob nicht von dem oben aufgestellten Satze, daß derselbe auf die Gültigkeit der durch ihn veranlaßten Willenserklärung keinen Einfluß habe, Ausnahmen anzuerkennen seien.

Bigot[34]) bezeichnet nach Pothier[35]) als Ausnahme von demselben, was keine Ausnahme ist. Er sagt, daß der Irrthum in den Beweggründen den Vertrag in den Fällen ungültig mache, „où la vérité de ces motifs peut être regardée comme une condition, dont il soit clair, que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement". Allerdings ist dann der Vertrag unwirksam, aber nicht wegen des Irrthums, sondern weil bei Nichtexistenz der Thatsache, von welcher der Wille abhängig gemacht worden ist, nun gar kein Wille

---

sionen, daß die Redactoren nur an den Fall gedacht haben, wo der den Vergleich Abschließende irrig angenommen hat, derjenige, mit welchem er contrahirt, sei die Person, welche Ansprüche gegen ihn erhebe, nicht an den Fall, wo er mit dieser Person wirklich contrahirt hat, während er glaubte, daß ein Anderer sein Gegner sei, und mit diesem contrahiren wollte. Bigot im Corps législatif: „Il n'y a ni consentement, ni même de contrat, lorsqu'il y a erreur dans la personne. Tel serait la transaction, que l'on croirait faire avec celui, qui aurait qualité pour élever des prétentions sur le droit douteux, tandis qu'il n'aurait aucune qualité et que ce droit lui serait étranger" (disc. publ. VI. p. 381). Bigot denkt hier an den Fall, wo ich mich z. B. mit Jemandem vergleiche, den ich für den Erben meines Gegners irrig halte. Der entgegengesetzte wäre der, wo ich mit dem wirklichen Erben meines Gegners contrahire, denselben aber für eine andere Person halte.

34) Disc. publ. V. p. 9.

35) l. c. n. 20.

vorliegt[35a]) Der Irrthum ist es hier so wenig, wie in den im vorigen Paragraphen bezeichneten Fällen, was dem Vertrage seine Kraft entzieht.

Wirkliche Ausnahmen von jener Regel sind im römischen Rechte anerkannt[36]); aber die Rechtssätze, in welchen dieselben enthalten sind, haben eine zu positive Natur, als daß sie in den C. N., in Widerspruch mit einem von ihm anerkannten Principe, übertragen werden dürften. Zwar glaubt Savigny zwei fernere Ausnahmen in zwei anderen Sätzen des römischen Rechtes zu erkennen[37]), welche — mehr oder minder modificirt — auch für den C. N. gelten; aber meiner Ueberzeugung nach ist in denselben ein Einfluß des Irrthums im Beweggrunde auf die Gültigkeit der Willenserklärungen nicht ausgesprochen.

Der erste dieser Sätze ist der, daß der Käufer wegen heimlicher Mängel der gekauften Sache Auflösung des Kaufvertrages verlangen dürfe. Savigny bezeichnet als positiven Grund der aedilicischen Klage, welche demselben im römischen Rechte zu diesem Ende gegeben war, den Irrthum, kraft dessen er eine fehlerfreie Sache zu erhalten geglaubt hat. Meiner Ansicht nach ist auch diese Klage nur eine — allerdings eigenthümliche, und erst durch das aedilicische Edikt gezogene — Folgerung aus der vom Verkäufer im Kaufvertrage übernommenen Verpflichtung. Für die entsprechende Klage des französischen Rechts ist das gar nicht zweifelhaft; dasselbe behandelt sogar diese Klage als regelmäßige Folge des Kaufvertrags, als actio emti[38]). Irrthum des Käufers wird in

---

35a) Doch s. in der folgenden Abhandlung Note 29.

36) Namentlich im Gebiete des Erbrechts. Savigny III. Beilage VIII. Num. XVII. XVIII. II.

37) Num. II. XI. der citirten Beilage.

38) Die Verpflichtungen des Verkäufers sind nach dem C. N.: Ueber=

beiden Rechten nur deswegen verlangt, damit nicht angenommen werden müsse, er sei damit zufrieden gewesen, die Sache zu bekommen, wie sie ist.

Der zweite jener Rechtssätze ist derjenige, welcher die condictio ob causam datorum, indebiti, sine causa erzeugt. Aber auch er gibt meiner Ueberzeugung nach diese Klage-

---

lieferung der verkauften Sache und Garantie (Art. 1603). Garantie muß er leisten theils für ruhigen Besitz, theils für Fehlerfreiheit der Sache (Art. 1625). Hat die Sache einen »vice redhibitoire«, so hat der Ankäufer die Wahl, ob er sie gegen Erstattung des Kaufpreises zurückgeben, oder Ermäßigung des Kaufpreises verlangen will (Art. 1644). Er hat dieses Recht nicht, wenn er sich von dem Dasein des Mangels vor dem Kaufe hat überzeugen können (Art. 1642). — Nach römischem Rechte kann der Käufer, welcher die gekaufte Sache fehlerhaft befindet, mit der actio emti von dem Verkäufer den Werthunterschied verlangen (l. 13 pr. D. de A. E. V.). Es ist das eine einzelne Anwendung des allgemeinen Satzes, daß er mit der actio emti von dem Verkäufer im Falle nicht gehöriger Erfüllung Praestation eius quod interest fordern darf. Wie aber, wenn er die Sache wegen ihres Fehlers zu dem Zwecke, zu welchem er sie gekauft hat, gar nicht gebrauchen kann? Dann verlangt sein Interesse nicht Nachlaß am Kaufpreise, sondern Wiederaufhebung des ganzen Vertrages. Daß darauf die actio emti gerichtet werden könne, ist wenigstens für den Fall bezeugt, wo der Verkäufer gewußt hat, daß die Sache nicht von der Art sei, wie der Käufer glaube (l. 11 §. 3. 5 D. de A. E. V.). (Im §. 5 ist von dem Falle die Rede, wo Jemand eine Jungfrau zu kaufen glaubte, aber nicht bekommen hatte. Will man auch den Mangel der Jungfräulichkeit nicht als Fehler ansehen, so ist doch dieser Fall demjenigen, wo die Kaufsache einen wirklichen Fehler hat, ganz gleich, in beiden Fällen bekommt der Käufer nicht, was er erwartete.) Die Aedilen aber, das practische Bedürfniß des Marktverkehrs berücksichtigend, gaben dem Käufer eines an einem morbus oder vitium leidenden Sclaven oder iumentum das Recht, nach seiner Wahl entweder auf Minderung des Kaufpreises oder Zurücknahme der gekauften Sache klagen zu dürfen, ohne im letzten Falle beweisen zu müssen, daß sein Interesse gerade Auflösung des Kaufvertrages verlange und der Verkäufer in bösem Glauben gewesen sei.

rechte nicht wegen des Irrthums des Klägers, sondern aus einem ganz anderen Grunde, und verlangt Irrthum nur deswegen, damit nicht angenommen werden müsse, der Kläger habe unter der Voraussetzung, unter welcher er geleistet haben will, in der That nicht geleistet. Der Beweis dieser Behauptung freilich und zugleich der nähere Nachweis des wahren Grundes jener Klagerechte setzt eine ausführliche Darstellung derselben voraus. Aber diese muß in der folgenden Abhandlung ohnehin gegeben werden, weil es nur durch sie möglich wird, die Lehre des C. N. von der cause des obligations, welche den Gegenstand jener Abhandlung bildet, zu erläutern, und ich will dabei denn auch auf jene Frage Rücksicht nehmen. Das practische Interesse derselben ist folgendes. Ist der Irrthum der positive Grund der Condictionen, so muß er auch ein entschuldbarer und darf vor allen Dingen kein Rechtsirrthum sein [39]), ist er nur deswegen nöthig, damit dem Kläger geglaubt werden könne, daß er unter einer Voraussetzung wirklich geleistet habe, so genügt jeder Irrthum [40]). Für das französische Recht sodann kommt ein Anderes hinzu. Beruhen jene Klagerechte auf dem Irrthum,

---

39) Savigny III. §. 115. Beilage VIII. Num. III. IV.

40) Die aedilicische Klage auf Redhibition wird nur demjenigen gegeben, welcher den Fehler der Sache »ignoravit vel *ignorare potuit*« (l. 14 §. 10 D. de aedilicio edicto). Damit ist aber nicht umgekehrt bewiesen, daß der Grund dieser Klage der Irrthum sei. Wegen Offenkundigkeit des Fehlers wird dem Käufer die Klage nicht zur Strafe seiner Nachlässigkeit, sondern deswegen entzogen, weil sein Vorbringen, daß er den Fehler nicht gekannt habe, nun keinen Glauben verdient. Dasselbe sagt das französische Recht in der Vorschrift: »le vendeur n'est pas tenu des vices apparens et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même« (Art. 1642). Von dem zu Tage liegenden Fehler darf der Käufer gar nicht behaupten, daß er ihn nicht gekannt habe.

so unterliegen sie der zehnjährigen Verjährung des Art. 1304, widrigenfalls der ordentlichen dreißigjährigen. Jedoch wird sich in der folgenden Abhandlung zugleich zeigen, daß wir für den C. N. dieser Berufung auf das römische Recht kaum bedürfen; daß durch die Modificationen, mit welchen derselbe die römischen Condictionen aufgenommen hat, schon von vorn herein entschieden ist, daß er als positiven Grund derselben den Irrthum nicht anerkenne.

VIII.

Ueber die cause des obligations.

I.

Die Lehre von der cause des obligations, wie sie in den Art. 1131 — 1133 des C. N. enthalten ist, hat von jeher für eine der schwierigsten dieses Gesetzbuches gegolten. Und nicht mit Unrecht. Sie ist schwierig, wie es eine Lehre sein muß, welche, von Außen her entlehnt, in der Entlehnung nur halb verstanden und zum Theil geradezu mißverstanden worden ist. Die Ausleger haben dann das halbe Verständniß nicht zu ergänzen vermocht, das Mißverständniß haben sie noch vergrößert, so ist eine Verwirrung entstanden, welche sich auch in der Praxis in der fühlbarsten Weise geltend macht. Klare Einsicht ist nur zu erlangen, indem man zu der Quelle des C. N. hinaufsteigt. Diese Quelle ist hier, wie so oft, das römische Recht, näher die Lehre desselben von der Voraussetzung. Diese Lehre will ich daher zunächst darstellen, und es muß dies ausführlich geschehen, damit ihr Gebiet anschaulich werde, dessen Umfang sich sowohl dem C. N., als seinen Auslegern, in Nebel verhüllt. Dabei wird sich übrigens herausstellen, daß sie, weit davon entfernt, eine dem

römischen Rechte eigenthümliche zu sein, nur die Entwickelung eines Grundsatzes ist, welcher durchaus in der Natur der Sache begründet ist, so daß wir sie in den C. N. übertragen müßten, auch wenn wir in den Bestimmungen desselben über die cause des obligations keine Aufforderung dazu fänden. Auch kommen in demselben einzelne, mit dieser Lehre in keiner Verbindung stehende, Rechtssätze vor, welche auf ihr beruhen. Die Modificationen, welche sie durch diese Rechtssätze für die in denselben bezeichneten Fälle zu erleiden hat, will ich bei ihrer Darstellung sogleich angeben, nach Vollendung derselben aber die besondere Gestalt bezeichnen, welche sie im Ganzen durch die Art. 1131 — 1133 erhalten hat. Ich bemerke übrigens sogleich hier, daß die reine römische Lehre von der Voraussetzung in eine Schrift, welche von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte handelt, nicht gehört, und daß der Mangel der Voraussetzung zum Ungültigkeitsgrunde erst im C. N. geworden ist.

II.

Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung ist folgende.

Wenn Jemand Etwas gibt oder sich obligirt oder auch etwas thut unter der Voraussetzung, daß Etwas sei, gewesen sei oder sein werde, oder auch nicht sei, nicht gewesen sei, nicht sein werde, und die Wirklichkeit entspricht dieser Voraussetzung nicht, oder hört auf, ihr zu entsprechen, so kann er das Gegebene, oder, wenn er sich obligirt hat, die eingegangene Obligation, oder, wenn er sonst etwas gethan hat, den Vermögenswerth dieses Thuns condiciren. Daß für die Uebernahme von Verbindlichkeiten und für sonstiges Thun dasselbe gelte, wie für das Geben, sagen ausdrücklich l. 1 D. de condict. sine causa und l. 26 §. 12 D. de con-

dict. indebiti; in der Regel sprechen die Quellen nur vom Geben. Ich will den allgemeinen Ausdruck der Leistung gebrauchen.

Was die technischen Ausdrücke, welche hier angewendet werden, betrifft, — denn auch die Kenntniß dieser ist, wie sich unten zeigen wird, für die Interpretation der Art. 1131 — 1133 von Wichtigkeit, — so heißt es [1]) im Allgemeinen von demjenigen, der unter einer Voraussetzung gegeben hat: ob causam dedit [2]), und wenn seine Voraussetzung nicht wirklich ist oder wirklich geworden ist, oder wenn sie aufgehört hat, wirklich zu sein: sine causa dedit, die condictio, welche ihm gegeben wird, ist im Allgemeinen eine condictio sine causa (dati). In besonderen Fällen aber werden statt dieser allgemeinen Ausdrücke bestimmtere gebraucht. So wenn Jemand in der irrigen Voraussetzung, daß Etwas sei oder gewesen sei, gegeben hat, heißt es: ex falsa causa dedit [3]); hat er gegeben in der Voraussetzung, daß etwas sein werde, und diese ist nicht eingetreten, so wird gesagt: causa, propter quam dedit, secuta non est [4]), seine condictio bekommt den

1) Vergl. aber auch unten zu Note 31.

2) In diesem Sinne wird der Ausdruck in den Quellen am häufigsten gebraucht. In einzelnen Stellen wird er auf die causa praeterita beschränkt und das Geben ob causam futuram ob rem genannt (l. 1 pr. D. de cond. ob turp. causam, l. 52 D. de cond. ind., vergl. auch l. 65 pr. - §. 4 D. eod., wo die Auffassung noch einigermaßen modificirt ist). In andern wird er auf das Geben aus einer wirklich existirenden oder gehofften causa bezogen, und in Gegensatz zu dem dare sine causa gebracht, worunter dann das Geben unter einer von allem Anfang unwirklichen Voraussetzung verstanden wird (l. 1 §. 2, l. 4 D. de cond. sine causa).

3) l. 23 pr., l. 52 D. de cond. indebiti.

4) Daß aber auch der allgemeine Ausdruck sine causa von diesem Falle gebraucht werde, dafür: l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s, l. 3 §. 5 D. de collat.

besonderen Namen condictio causa data (wahrscheinlich ob causam dati) causa non secuta [5]. Die Condiction des unter der irrigen Voraussetzung einer Verschuldung Gegebenen führt den besonderen Namen condictio indebite dati oder indebiti.

Den hier behandelten Condictionen schließen sich, auch durch die Gemeinsamkeit der Bezeichnung [6], diejenigen an, mit welchen das ohne alle oder unter einer wirklichen Voraussetzung, aber aus einem vom Rechte nicht gebilligten Grunde, z. B. wegen Zwangs oder aus einem verbotenen Vertrage, ex iniusta causa, Geleistete zurückgefordert wird, so wie diejenigen, mit welchen ich Zurückgabe des ohne meinen Willen und ohne rechtfertigenden Grund aus meinem Vermögen in das eines Andern Uebergegangenen verlange. Alle diese verschiedenen Condictionen sind nur Aeußerungen eines und desselben Klagerechtes, womit zurückgefordert wird, quod non ex iusta causa ad aliquem pervenit [7]. Wir haben es hier nur mit den ersteren, den aus der Unwirklichkeit der Voraussetzung entstehenden, zu thun, und wollen die einzelnen Klassen derselben nach Anleitung der Quellen näher betrachten.

III.

Wer geleistet hat in der Voraussetzung, daß Etwas sei oder gewesen sei, kann, wenn er seine Voraussetzung nicht bestätigt findet, das Geleistete zurückfordern. Der haupt-

---

5) Rubr. tit. D. XII. 4. In der Rubrik des von ihr handelnden Codextitels (IV. 6) wird der allgemeine Ausdruck: condictio ob causam datorum speziell für sie gebraucht.

6) S. jedoch die folgende Note.

7) L. 1 §. ult. D. de cond. s. c., l. 25 D. de act. rer. amot. Hier bedeutet aber causa nicht mehr Bestimmungs-, sondern Rechtsgrund. Der Ausdruck „causa“ ist also im römischen Rechte eben so unbestimmt, wie der unsrige „Grund“.

sächlichste unter den hierher gehörigen Fällen ist derjenige, wo Jemand in der Voraussetzung, daß er schuldig sei, zahlt, in welchem Falle die allgemeine condictio sine causa den speziellen Namen condictio indebiti annimmt [8]). Es ist aber nicht der einzige Fall. Wenn ich Jemandem unter der Voraussetzung zahle, daß er von meinem Gläubiger zur Annahme der Zahlung beauftragt worden sei, so kann ich, wenn dies nicht der Fall ist, das Gezahlte zurückfordern; aber die condictio, welche mir darauf gegeben wird, ist nicht die condictio indebiti, da ich es nicht als ein dem Empfänger Verschuldetes gezahlt habe [9]). Andere Beispiele sind: ich theile mit Jemandem, den ich für meinen Miterben halte, obgleich er es nicht ist [10]); ich schenke Jemandem, den ich für meinen Verwandten fälschlich halte, auf seinen Erbtheil [11]); sodann folgende im C. N. ausdrücklich genannte: ich vergleiche mich mit Jemandem „en exécution d'un titre nul" (Art. 2054), d. h. indem ich den Titel, welcher die Voraussetzung seines Anspruchs bildet, irrig für gültig halte, z. B. ich vergleiche mich mit ihm über ein ihm auszuzahlendes Legat, während das ganze Testament, wodurch ihm dasselbe hinterlassen worden ist, nichtig ist. Ferner: ich vergleiche mich mit Jemandem in der Voraussetzung, daß derselbe ein gewisses Recht habe, und entdecke hinterher Urkunden, wodurch ich belehrt werde, daß ihm dieses Recht überhaupt nicht zustehe (Art. 2057 §. 2), z. B. ich vergleiche mich mit ihm über das Maaß meiner Schuld, und entdecke dann eine Urkunde, welche beweist,

---

8) L. 66. D. de cond. ind. »Haec condictio, ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum *sine causa* deprehenditur, revocare consuevit«.

9) L. 58 pr. D. de solutt.

10) L. 36 i. f. D. fam. herc.

11) Toullier VI. n. 61. 170.

daß mir die Schuld erlassen worden sei [12]). Endlich: ich vergleiche mich, in der Voraussetzung, daß die von der Gegenpartei vorgebrachten Beweisurkunden echt seien (Art. 2055) [13]). — In allen diesen Fällen behandelt aber der C. N. den Vergleich nicht als gültig und einer condictio unterworfen, sondern als ungültig, und zwar als ungültig nicht wegen Mangels der cause, sondern wegen Irrthums, so daß er mit der action en nullité ou en rescision angegriffen werden muß [14]).

Die Voraussetzung, daß Etwas nicht sei oder nicht gewesen sei, hat natürlich dieselbe Wirkung.

IV.

Aber auch wenn dasjenige, was ich als seiend vorausgesetzt habe, zwar zur Zeit der Leistung wirklich existent war,

---

12) Domat I. liv. 1 tit. 13 sect. 2 n. 2. 3, welcher citirt l. 3 §. 1, l. 12 i. f., l. 6 D. de transactt.

13) Domat l. c. n. 4, welcher citirt l. penult. C. de transactt. und tit. C. si ex falsis instrumentis.

14) Im Art. 2054 spricht er ausdrücklich von einer action en rescision; im §. 1 des Art. 2057 heißt es: bei Generalvergleichen sind später entdeckte Urkunden keine „cause de rescision", einen Spezialvergleich machen sie „nul", d. h. also, sie sind eine cause de rescision. Da kann man von der Verfügung des in der Mitte stehenden Art. 2055 nicht annehmen, daß sie einen anderen Sinn habe. Ueberdies bezeichnet der Berichterstatter der Gesetzgebungssection des Tribunats den Fall dieses Artikels mit den Worten: „dol d'une part, erreur de l'autre" (disc. publ. VI. p. 391). Freilich sagt derselbe Berichterstatter von dem Vergleiche des Art. 2057, er sei nichtig, weil er sans cause sei (disc. publ. VI. p. 392), und den nämlichen Grund gibt der Redner des Tribunats dieser Nichtigkeit (disc. publ. VI. p. 401). Aber er gibt ihn auch der Nichtigkeit des Art. 2054 (ib. p. 400), welche doch auf dem Irrthume offenbar beruht; so daß auf diese Aeußerungen kein Gewicht zu legen ist. Uebrigens nennt der Redner des Tribunats die genannten Vergleiche deswegen sans cause, weil sich bei ihnen der Grund des Vergleichs, „timor litis", nicht bewähre.

hinterher aber aufgehört hat, zu existiren, kann ich zurückfordern.

Beispiele dieses Falles sind folgende.

Ein Walker, dem Kleider zum Waschen übergeben worden sind, verliert dieselben und wird vom Eigenthümer angehalten, ihren Werth zu ersetzen; hinterher kommt dieser wieder in den Besitz der Kleider; mit welcher Klage kann der Walker das Gezahlte zurückfordern, wird in l. 2 D. de cond. sine causa gefragt. „Ego puto", antwortet Ulpian, „ex conducto omnimodo eum habere actionem; an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit; nisi forte quasi sine causa datum putamus condici posse; etenim vestimentis inventis, quasi sine causa datum videtur".

Ganz gleichartig ist der in l. 11 D. de appell. berichtete Fall. Ein in erster Instanz Verurtheilter ist zur Zahlung angehalten worden, hat aber darauf in zweiter Instanz gesiegt: „recipere pecuniam, quam solvit, oportet". Und zwar quia sine causa solvit, näher, quia causa, propter qnam solvit, finita est.

In gleicher Weise hat der Darleiher die Schuldurkunde sine causa, nachdem er das dargeliehene Geld zurückempfangen hat (l. 2 C. de condictione ex lege et *sine causa* vel iniusta causa).

So heißt es in l. 23 pr. D. de cond. indeb., es könne zurückgefordert werden „si transactio secuta non fuerit, propter quam datum est. Sed et si resoluta sit transactio, idem erit dicendum".

Einen den genannten ganz gleichartigen Fall bietet das französische Recht gemäß des Art. 1184 dar. Nach demselben kann derjenige, welcher aus einem zweiseitigen Vertrage geleistet hat, wenn der Gegner seinerseits die Erfüllung weigert, auf Auflösung des Vertrages klagen. Dadurch wird

die causa seiner Leistung, welche zur Zeit derselben wirklich vorhanden war, seine Verpflichtung nämlich, aufgehoben, und es entsteht für ihn eine condictio auf das Geleistete.

Der C. N. drückt diese Regel so aus, daß er der Nichterfüllung von Seiten des Gegners die Wirkung einer, jedoch durch Klage geltend zu machenden, Resolutivbedingung beilegt. Bei der eigentlichen Resolutivbedingung und dem dies ad quem muß dasselbe gelten, nach dem C. N. unbedingt, da er von der beschränkteren Wirksamkeit, welche das römische Recht denselben zuschrieb, nichts weiß, (Art. 1183, vom dies ad quem spricht er gar nicht), nach römischem Rechte aber, welches durch Eintritt der Resolutivbedingung und des dies ad quem die obligatio nicht untergehen ließ, wenigstens insofern, als es dem Klagenden gegen die exceptio des auf die Fortdauer der obligatio sich berufenden Beklagten die replica doli gab.

Ein Fall anderer Art, welcher hierher gehört, ist in der l. 11. §. 6 D. de A. E. V. enthalten. Bei einem Kaufe ist ein Ring als arrha gegeben worden; nachdem der Vertrag von beiden Seiten vollzogen worden ist, wird derselbe nicht herausgegeben. Der Geber, heißt es, kann denselben condiciren „quasi ob causam datus sit et causa finita sit“, und „quia iam sine causa est apud venditorem“. Die arrha ist bestimmt, als Zeichen des geschlossenen Vertrages zu dienen; sie hat daher keinen Sinn mehr, sobald derselbe vollzogen worden ist.

V.

Auch derjenige, welcher unter der Voraussetzung, daß Etwas sein werde, geleistet hat, kann, wenn das vorausgesetzte Ereigniß nicht eintritt, das Geleistete zurückfordern. Der gewöhnlichste und meist besprochene der hierher gehörigen Fälle ist der, wo die Voraussetzung eine Gegenleistung des

Empfängers zum Gegenstande hat. Jedoch ist er nicht der einzige. Eine Uebersicht der verschiedenen denkbaren Arten einer solchen Voraussetzung gibt Paulus in l. 35 §. 3 D. de m. c. donatt.: „Quae dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid obtingat".

1) Leistung unter der Voraussetzung, daß der Empfänger etwas thun (leisten) werde.

Hierher aber gehören keineswegs alle Fälle, in welchen Jemand leistet, damit der Empfänger eine Gegenleistung mache. Es gehören hierher nicht alle diejenigen, in welchen das Vorhandensein eines zweiseitigen Vertrages angenommen werden kann, und dasselbe muß angenommen werden, so oft die erwartete Leistung als Aequivalent der gemachten angesehen wird. Denn sobald ein solcher Vertrag vorliegt, ist die juristische causa der Leistung nicht die erwartete Gegenleistung, sondern die durch den Vertrag begründete Verpflichtung des Leistenden[15]), und diese causa fällt durch die Verweigerung der Gegenleistung nicht weg; diese Verweigerung erzeugt nur das Recht, die Leistung des Verweigerten durch Klage zu erzwingen. Wenn das römische Recht in den Fällen, in welchen es aus dem Vertrage, weil es ihn als contractus nicht anerkannte, diese Klage nicht entstehen ließ, demjenigen, welcher geleistet hatte, gegen den die Erfüllung seinerseits weigernden Gegner eine condictio auf das Geleistete dennoch gab, so lag dem die sehr natürliche Betrachtung zu Grunde,

15) Mag auch der Bestimmungsgrund, welcher dem Leistenden bei der Leistung vorgeschwebt hat, die Erlangung der Gegenleistung sein, so würde doch seiner condictio unmittelbar entgegengesetzt werden, daß er Nichts gethan habe, als wozu er verpflichtet gewesen sei, und dadurch das wahre juristische Verhältniß der Sache herausgekehrt werden.

daß derjenige sich auf den Vertrag nicht berufen dürfe, welcher ihn seinerseits weder erfülle noch zu erfüllen gezwungen werden könne [16]). Nach der sich auch im C. R. wiederfindenden Rechtsansicht der neueren Zeit aber werden alle Verträge durch den bloßen Consens perfect; derjenige, welcher aus einem zweiseitigen Vertrage geleistet hat, hat also immer eine Klage auf die Gegenleistung und daher nie mehr die condictio causa data causa non secuta zur Rückforderung des von ihm Geleisteten [17]). — Natürlich wird hierbei aber vorausgesetzt, daß der zweiseitige Vertrag gültig sei; erkennt das Recht aus irgend einem Grunde ihn nicht an, so kann demjenigen, welcher geleistet hat, nicht entgegengesetzt werden, daß er zur Leistung verpflichtet gewesen sei, und er kann daher nun allerdings das Geleistete zurückfordern, wenn der Grund seiner Leistung, die Gegenleistung des Empfängers, nicht eintritt [18]). Ein einzelner hierher gehöriger Fall ist derjenige,

---

16) Das viel besprochene ius poenitendi erklärt sich daraus, daß man denjenigen, welcher geleistet hatte, nicht schlechter stellen wollte, als den Gegner, dem immer die Möglichkeit blieb, die Wirksamkeit des Vertrages zu vereiteln. — Nach Aufstellung der actio praescriptis verbis hätte eigentlich die eine und die andere condictio wegfallen müssen. Aber es findet sich im römischen Rechte häufiger, daß das Resultat einer Rechtsentwicklung fortdauert, nachdem eine andere an ihre Stelle getreten ist.

17) Eine condictio darauf muß ihm nach einer dem C. R. eigenthümlichen, schon berührten Vorschrift allerdings gegeben werden, nur nicht die condictio causa data causa non secuta, sondern die condictio quia causa, propter quam datum est, finita est; insofern er nämlich wegen Nichterfüllung von der andern Seite auf Auflösung des Vertrages klagen, und dadurch die zur Zeit seiner Leistung existente causa derselben vernichten kann.

18) Auch wenn der Empfänger die Gegenleistung gemacht hat, kann er das Geleistete noch zurückfordern, wenn er den Vertrag irrig für gültig hielt. Denn dann war wieder der Grund seiner Leistung nicht die erwartete Gegenleistung, sondern die irrig ange-

wo die in dem Vertrage bedungene Gegenleistung an einen Dritten gemacht werden soll; aus einem solchen Vertrage entsteht weder nach römischem, noch nach französischem Rechte (Art. 1119) eine Verpflichtung auf Leistung an den Dritten, also auch keine Verpflichtung auf Seiten desjenigen, welcher sich diese Leistung bedungen hat.

Wird dasjenige, was der Empfänger thun soll, nicht als Aequivalent der Leistung angesehen, so liegt eine donatio sub modo vor. Bei der donatio sub modo komme ich nicht mit dem Empfänger überein, daß ich ihm schenken und er dafür dieses oder jenes gegenleisten solle, sondern die Schenkung ist ein freier Act meines Willens, zu dem ich, eben weil ich schenken, nicht ein Aequivalent für das erwartete Thun geben will, mich nicht verpflichtet habe. Die causa meiner Leistung ist daher hier wirklich dieses Thun, nicht meine Verpflichtung, und ich kann, hac causa non secuta, das Geleistete condiciren, nach römischen [19]) wie nach allgemeingültigen Grundsätzen [20]). Der C. N. aber gibt das Recht, die Schenkung zu widerrufen „pour cause d'inexécution des

---

nommene Verpflichtung; er hat dann die condictio indebiti. Vergl. Abh. III. Note 34 i f.

19) L. 2. 3. C. de cond. ob causam datorum, im Allgemeinen l. 8. C. eod.: „Dictam legem donationi, si non impossibilem contineat causam, ab eo qui hanc suscepit non impletam, condictioni facere locum, iuris dictat disciplina“.

29) Der Beweggrund der Schenkung ist ein anderer, die Absicht, den Beschenkten reicher zu machen; aber es kommt darauf an, ob der Schenker auch geschenkt haben würde, wenn er gewußt hätte, daß der Beschenkte die ihm gemachte Auflage nicht erfüllen würde. Anderer Ansicht ist Savigny IV. S. 287. Daß das römische Recht und noch unzweifelhafter die heutige Rechtsansicht dem Schenker eine Klage auf Erfüllung der Auflage gibt, beweist nicht, daß die causa seiner Leistung eine Verpflichtung gewesen sei, und darauf kommt es meiner Ansicht nach hier an.

conditions, sous lesquelles elle aura été faite" (Art. 953), und zwar legt er hier der Voraussetzung nicht bloß den Namen, sondern zum Theil auch die Wirkung der Bedingung bei. Nach Art. 954 tritt durch die Nichterfüllung der „condition" eine revocatio ex tunc ein (wenn auch nicht de plein droit, Art. 956): „les biens rentreront dans les mains du donateur libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, et le donateur aura contre les tiers détenteurs des immeubles donnés tous les droits, qu'il aurait contre le donataire lui-même".

Besonderes gilt für den unter dieser Nummer behandelten Fall dann, wenn das Geschäft, in Folge dessen geleistet worden ist, einem der Contrahenten zur turpitudo gereicht [21]. Derjenige, welchem es zur turpitudo gereicht, kann sich darauf nicht berufen; also der Leistende nicht darauf, daß er nur unter der Voraussetzung der Gegenleistung geleistet habe, und daher kann er nicht zurückfordern, selbst wenn die Gegenleistung nicht erfolgt; der Empfänger aber kann sich nicht darauf berufen, daß ihm unter der Voraussetzung der Gegenleistung gegeben worden sei, und daher muß er das Empfangene selbst dann herausgeben, wenn er die Gegenleistung gemacht hat [22].

---

21) Dem Kläger gereicht es zur turpitudo, wenn er den Empfänger zum Thun eines Verbotenen oder zum Unterlassen eines Gebotenen bestimmen will; der Empfänger befindet sich in turpitudine, wenn er sich zum Thun eines Verbotenen, oder zum Nichtthun eines Gebotenen, außerdem aber auch, wenn er sich zum Thun eines Gebotenen oder Nichtthun eines Verbotenen anheischig macht; denn Niemand soll sich für Erfüllung seiner Pflicht bezahlen lassen.

22) Titt. D. ob turpem vel iniustam causam, C. ob turpem causam. Daß das Geschäft als zweiseitiger Vertrag bestehe, — und es wird nach der neueren Rechtsansicht als Vertrag nur dann nicht bestehen, wenn dadurch das Thun eines Verbotenen übernommen worden ist, — kann an diesen Grundsätzen nichts ändern.

2. Leistung unter der Voraussetzung, daß der Leistende Etwas thun werde.

In den Quellen des römischen Rechts finde ich kein Beispiel, in welchem dieser Fall rein aufträte, in welchem ein Thun des Leistenden die einzige Voraussetzung der Leistung wäre. In allen Fällen, welche man hierher beziehen zu müssen der Ansicht sein könnte, scheint nur ein solches Thun die einzige Voraussetzung der Leistung zu sein, während sie im Grunde ein Verhältniß ist, welches zwar als nur von dem Willen des Leistenden abhängig gedacht wird, dessen Dasein in der That aber nicht bloß durch diesen Willen, sondern außerdem noch durch ein von ihm Unabhängiges bedingt ist. Davon mehr bei Num. 4.

Ganz hierher gehören würde etwa der Fall, wo Jemand zu einer größeren Reise sich anschickend, seinem Freunde das Recht einräumte, sein Haus zu bewohnen, dann die Ausführung dieser Reise aufgäbe.

3. Leistung unter der Voraussetzung, daß ein von dem Willen der Partheien unabhängiges Ereigniß eintrete.

Dieser Fall umfaßt die beiden von Paulus getrennten Fälle: ut Lucius Titius aliquid faciat, ut aliquid obtingat.

Ein Beispiel der ersteren Art ist folgendes. Ein Schuldner zahlt Jemandem, der nicht sein Gläubiger ist, in der Voraussetzung, daß der Gläubiger diese Zahlung ratihabiren werde. Erfolgt die Ratihabition nicht, so kann er zurückfordern „quasi ob rem datum, nec res secuta sit“ [23]).

Ein Beispiel der zweiten Art gewährt die mortis causa donatio. Dabei schenkt Jemand unter der Voraussetzung, daß er vor dem Beschenkten sterbe, entweder überhaupt oder

23) L. 14 D. ht., l. 58 pr. D. de solutt.

gerade an der Krankheit, an welcher er eben leidet (si non convaluerit). Wenn er nun im letzten Falle von dieser Krankheit wieder genest, kann er „quasi re non secuta“ das Geschenkte zurückfordern [24]), und eben so hat er im ersten Falle eine condictio, wenn der Beschenkte vor ihm stirbt [25]). — Die Schenkung auf Todesfall kann aber auch so gemacht werden, daß der Beschenkte bis zum früheren Tode des Schenkers nichts bekommen soll; dann ist dieser frühere Tod Bedingung, nicht Voraussetzung der Schenkung. — Der C. N. kennt in den Grenzen, in welchen er die Schenkung auf den Todesfall überhaupt erlaubt, die eine und die andere Art derselben (Art. 1082, 1086, 944 — 46). Von beiden Arten sagt er aber, daß sie durch den früheren Tod des Beschenkten „caduques“ werden sollen (Art. 1089). Durch diesen Ausdruck stellt er sie den testamentarischen Verfügungen gleich (Art. 1039), und man muß daher annehmen, daß nach ihm der frühere Tod des Beschenkten in allen Fällen die Schenkung nichtig mache, das Geschenkte unmittelbar in das Vermögen des Schenkers zurückbringe, nicht bloß diesem das Recht gebe, die Zurückübertragung desselben mit der condictio zu verlangen.

4. Leistung unter der Voraussetzung, daß ein Verhältniß eintrete, welches von einem Thun theils des Leistenden, theils des Empfängers, oder theils von einem Thun eines derselben oder beider, theils von einem außerhalb ihres Willens Liegenden abhängig ist.

Beispiele sind folgende.

---

24) L. 35 §. 3 D. de m. c. donatt.

25) L. 23 eod. Aber auch eine utilis in rem actio wird ihm gegeben (l. 29, 30. eod.).

Jemand stellt einem Andern einen Schuldschein aus in der Erwartung eines mit demselben besprochenen Darlehns. Wird das Geld nicht gezahlt, so kann er seine obligatio condiciren [26]). Daß das Geld nicht gezahlt wird, kann seinen Grund entweder darin haben, daß er es nicht nehmen, oder darin, daß der Andere es nicht zahlen will, und die eigentliche Voraussetzung der obligatio ist daher die zusammenkommende Thätigkeit Beider. Kommt aber das Darlehn deswegen nicht zu Stande, weil der Aussteller des Schuldscheines sich weigert, das Geld zu nehmen, so wird es nahe liegen, bei der condictio der obligatio als Voraussetzung derselben das Nehmen des Darlehns zu bezeichnen, so wie umgekehrt das Geben desselben, wenn der Grund, warum es nicht zu Stande kommt, die Weigerung des Gegners, es zu geben, ist.

Ebenso ist, wenn Jemand conditioni parendi causa leistet, um der Bedingung Genüge zu leisten, unter welcher ihm eine Erbschaft oder ein Legat hinterlassen worden ist, die eigentliche Voraussetzung seiner Leistung der Erwerb der Erbschaft, des Legats, welcher selbst wieder einmal von seiner Willenserklärung, dann aber auch davon abhängig ist, daß ihm die Erbschaft, das Legat, wirklich hinterlassen worden sei. Schlägt er daher aus, so kann er condiciren nnd als Grund seiner condictio wird ihm leicht erscheinen, daß er unter der Voraussetzung, daß er annehmen werde, gegeben habe. Aber auch, wenn sich hinterher findet, daß das Testament falsch sei, oder wenn es wegen Inofficiosität rescindirt, oder wenn ein das Legat revocirendes Codicill entdeckt wird, hat er dieselbe condictio [27]).

Ein ganz ähnliches Beispiel findet sich in l. 13 D. h. t. und

---

26) L. 7 C. de non num. pec.

27) L. 1 §. 1, l. 2 D. h. t., l. 65 §. 3 D. de cond. ind.

l. 3. §. 5 D. de collat. „Si filius contulerit fratri", heißt es in der ersten Stelle, „quasi agniturus bonorum possessionem et non agnovit, repetere eum posse, Marcellus libro 5. Dig. scribit". Auch hier ist die Thätigkeit des Gebenden nicht die einzige Voraussetzung des Gebens. Denn wie, wenn sich finden sollte, daß der Conferirende gültig exheredirt sei? Oder wenn der Bruder von dem beneficium abstinendi Gebrauch machte?

Ein anderer hierher gehöriger, in den Quellen oft genannter Fall ist die Bestellung einer dos. Die Voraussetzung des Gebens ist hier das Zustandekommen einer Ehe zwischen bestimmten Personen. Damit sie aber zustandekomme, ist nöthig einmal der Wille desjenigen, dem, dann der Wille der Frau, von der oder zu deren Gunsten sie gegeben wird, (ut aliquid facias, ut aliquid faciam, ut Lucius Titius aliquid faciat,) dann aber auch das Vorhandensein der vom Willen jener beiden Personen unabhängigen Bedingungen der Eingehung einer gültigen Ehe (ut aliquid obtingat). Was den letzteren Punkt betrifft, so heißt es in l. 1. C. de cond. *ob causam datorum*: „Pecuniam, quam te ob dotem accepisse... proponis, impediente quocunque modo iuris auctoritate matrimonium constare,... iure condictionis restituere debes". Der C. N. sagt ausdrücklich: „Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas" (Art. 1188). Aber auch hier muß wegen des Ausdrucks „caduque" Nichtigkeit der Schenkung angenommen werden.

Wie nun unter der Voraussetzung geleistet werden kann, daß etwas sein werde, so auch unter der Voraussetzung, daß etwas nicht sein werde; dem Leistenden steht dann, wenn dieses Ereigniß dennoch eintritt, die condictio causa data causa non secuta in gleicher Weise zu. L. 3 pr. D. h. t.:

„Dedi tibi, ne ad iudicem iretur,... condictio cessat, quamdiu non itur"; sie entsteht also, sobald der Prozeß fortgesetzt wird.

VI.

Was ist die eigentliche Bedeutung dessen, was hier Voraussetzung genannt worden ist, und wie unterscheidet sich dieselbe vom Beweggrunde?

Im Principe sind sie nicht schwer von einander zu trennen. Der Beweggrund ruft zwar den Willen hervor, aber nachdem er ihn hervorgerufen hat, tritt er aus allem Zusammenhange mit ihm heraus. Der Wille hat sich von dem Grunde, auf dem er gewachsen ist, losgelöst und sich als selbstständigen hingestellt. Bewährt sich daher der Beweggrund nicht, so kann dies auf die Wirksamkeit des Willens, da ihn kein Band mehr mit demselben verbindet, keinen Einfluß haben. In diesem Sinne sagt Paulus in l. 65. §. 2 D. de cond. ind.: „Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea ab eo adiuta putavi, licet hoc non sit factum, *quia donare volui*, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse". Ich habe einfach schenken wollen und ich habe geschenkt: was diesem Willen vorhergegangen ist, ist, weil es nicht Bestandtheil meines Willens geworden ist, gleichgültig.

Zur Voraussetzung wird der Beweggrund dadurch, daß er Grundlage des Willens, auch nachdem er ihn hervorgerufen hat, bleibt und Bestandtheil desselben wird, so daß sein Inhalt sich nicht in der Formel: ich will, weil..., sondern in der darstellt: ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht.... Sobald ein solcher Grund sich als nicht vorhanden ausweist, oder wegfällt, kann derjenige, welcher den Willen erklärt hat, zwar nicht sagen: ich habe nicht gewollt, aber doch: ich will nicht mehr.

Aber wann dürfen wir im einzelnen Falle das Vorhandensein einer Voraussetzung annehmen, wann müssen wir den Beweggrund für einen bloßen Beweggrund halten?

Das liegt auf der Hand, Niemand kann sich darauf berufen, daß er den von ihm erklärten Willen nur unter dieser oder jener Voraussetzung gehabt habe, wenn diese Beschränkung desselben nicht irgendwie äußerlich hervorgetreten ist. „Si repetendi", heißt es in l. 7 C. de cond. ob causam datorum, „quod donabas uxori eius, quem ad proficiscendum tecum huiusmodi liberalitate provocare proposueras, nullam addidisti conditionem, remanet integra donatio, quum levitati perfectam donationem revocare cupientum iure occuratur". Und Ulpian stellt in l. 3 §. 7 D. de cond. c. d. c. n. s. als unbestritten den Satz auf: „eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, aut amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse, opinione falsa deceptum".

Ein anderes Beispiel gibt l. 42 §. 1 D. de mortis causa donatt. Ein Vater schenkt seinem emancipirten Sohne auf dem Todesbette „sine ulla conditione redhibendi". Seine miterbenden Brüder wollen die Schenkung der Falcidia unterwerfen. „Jus antiquum servandum esse respondi", sagt Papinian. „Non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi peremta; eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa, quam morientem, donare".

Auch die bloße Nennung des Beweggrundes schließt, wie Pothier [28]) richtig bemerkt, eine Beschränkung des Willens nicht unbedingt ein. Er führt als Beispiel an, wenn

28) Obl. n. 20.

Jemand auf die falsche Nachricht von dem Tode seiner Pferde sich neue kaufe und während des Handels dem Verkäufer von der erhaltenen Nachricht und dem dadurch herbeigeführten Entschlusse, zu kaufen, Mittheilung mache.

Von der anderen Seite ist die ausdrückliche Erklärung, daß man nur unter einer bestimmten Voraussetzung gebunden sein wolle, nicht nöthig. In der so eben genannten l. 3 §. 7 D. de cond. c. d. c. n. s. stellt Ulpian die in den mitgetheilten Worten bezeichneten Fälle demjenigen gegenüber, wo ein Sclave, welchem unter der Bedingung der Zahlung einer gewissen Summe an den Erben die Freiheit gegeben worden sei, zahle, ohne zu wissen, daß ein späteres Codicill, ihm die Freiheit unbedingt gegeben habe. Auch in diesem Falle, berichtet Ulpian, habe der ältere Celsus dem Sclaven kein Rückforderungsrecht geben wollen; — er ließ sich ohne Zweifel durch die Betrachtung bewegen, daß derselbe die Voraussetzung seiner Leistung nicht ausgedrückt habe. Aber der jüngere Celsus sei, „naturali aequitate motus“, der Meinung gewesen, daß der Sclave allerdings zurückfordern könne, und dieser Meinung tritt auch Ulpian bei. Die naturalis aequitas liegt eben darin, daß man unter den vorliegenden Umständen nicht daran zweifeln kann, daß der Sclave wirklich nur unter der Voraussetzung des Freiwerdens geleistet habe. In gleicher Weise ist, wenn ich Jemandem 100 gebe, mit dem Zusatze, „die ich dir schuldig bin“, wenn ich, von dem Eigenthümer der geliehenen Sache, welche ich verloren habe, mit einer Klage bedroht, demselben den Werth der Sache ersetze, die Voraussetzung meines Gebens, obgleich nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch ganz unzweifelhaft. Ebenso wenn ich demjenigen, von welchem ich gekauft habe, einen Ring als arrha gebe, versteht es sich durch das von mir gebrauchte Wort arrha ganz von selbst, daß ich den Willen habe, den

Ring solle mir nach Vollziehung des Kaufs zurückgegeben werden.

Es läßt sich nun zwar nicht verkennen, daß in diesen und überhaupt in allen denjenigen Fällen, in welchen Jemand nicht ein Geschenktes zurückfordert, die Annahme einer Voraussetzung viel näher liegt, als da, wo er zugesteht, er habe schenken wollen, weil der animus donandi nicht präsumirt wird, und daher, wenn er vom Empfänger nicht bewiesen werden kann, die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß wirklich unter einer Voraussetzung geleistet worden sei. Jedoch darf man die Bedeutung dieses Gegensatzes nicht bis zu der Annahme steigern, daß das Geschenkte immer nur dann condicirt werden könne, wenn ausdrücklich ausgesprochen worden sei, daß unter dieser oder jener Voraussetzung geschenkt werde. In der l. 2 §. 7 D. de donatt. ist von dem Falle die Rede, wo ich dem Titius 10 gegeben habe, „ut inde Stichum sibi emeret". Wenn Stichus stirbt, ehe er gekauft werden kann, habe ich ein Rückforderungsrecht? Der Jurist beantwortet diese Frage keineswegs unbedingt mit nein, obgleich hier ein ausdrücklicher Vorbehalt nicht gemacht worden ist. Er sagt, man müsse untersuchen, was ich eigentlich gewollt habe; „facti magis, quam iuris quaestio est. Nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proprosuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam conditio dandae pecuniae existimari debet, et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit". Es scheint fast, als denke sich der Jurist den letzteren Fall so, daß ich, mit dem Gedanken umgehend, dem Titius zu schenken, in Erfahrung gebracht habe, daß er den Stichus kaufen wolle, und nun mein Geschenk als Kauf-

geld des Stichus bezeichne. Dann wäre der Ankauf des Stichus nicht einmal Veranlassung meines Gebens und es gewiß nicht zweifelhaft, daß ich kein Rückforderungsrecht habe. Aber auch wenn ich durch die Absicht des Titius, sich den Stichus zu kaufen, erst auf den Gedanken gekommen bin, ihm zu schenken, und geschenkt habe, um ihm diesen Ankauf möglich zu machen: kann ich nicht zurückfordern, wenn meine Absicht nur gewesen ist, ihm einen Vortheil zuzuwenden. Dagegen kann ich dann zurückfordern, wenn ich durch mein Geschenk das habe erreichen wollen, daß Stichus in das Eigenthum des Titius komme. Eines und das Andere kann ich durch die Erklärung, daß ich zum Ankaufe des Stichus schenke, haben ausdrücken wollen. Daß ich das Erstere beabsichtigt habe, wird dann wahrscheinlicher sein, wenn Titius etwa eines Dieners, wozu er den Stichus bestimmt hatte, sehr bedurfte. In diesem Sinne ist folgende Stelle zu interpretiren: „Cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei non potest, quia magis donari ei videtur. Quae sententia Neratii quoque fuit. Ait enim, datum ad villam exstruendam vel agrum serendum, quod *aloquin non facturus erat* is, qui accepit, in donationis speciem cadere[29]). In dieser Stelle spricht Ulpian zuerst den Satz aus, daß die bei der Schenkung gemachte Auflage als Voraussetzung nicht zu fassen sei, wenn das Auferlegte dem Beschenkten zum Vortheile gereiche. Dieser Satz ist aber viel zu allgemein, wie uns schon die vorige Stelle gezeigt hat. Deswegen hat ihn auch der von Ulpian citirte Neratius nur mit einer Beschränkung ausgesprochen. Wenn ich Jemandem schenke, damit er seinen Acker bestellen könne, — was er sonst aus Mangel an Mitteln hätte unterlassen müssen,

29) L. 13. §. 2 D. de donatt. i. v. e. u.

— so ist nicht anzunehmen, daß ich etwas Anderes, als seinen Vortheil, bezweckt habe. Die Worte „quod non facturus erat“ sind also zu übersetzen: „was er sonst nicht hätte thun können“. Denn freilich, wenn ich schenke, damit der Empfänger thue, was er sonst nicht gewollt haben würde, so ist umgekehrt anzunehmen, daß ich an diesem Thun ein besonderes Interesse nehme und es also als Voraussetzung meiner Leistung gemeint habe. — Es zeigen aber diese Stellen sehr gut, wie hier Alles auf die Interpretation des einzelnen Falles ankommt, und ein wie freier Spielraum dem richterlichen Ermessen gelassen werden muß.

Ein anderes lehrreiches Beispiel des römischen Rechtes ist folgendes. Wenn Brautleute sich etwas geschenkt haben, und darauf die Ehe nicht zu Stande kommt, kann dann die Schenkung revocirt werden, d. h. ist sie gemacht worden unter der Voraussetzung des Zustandekommens der Ehe? Das Wahrscheinlichere ist doch, daß die Brautleute nicht durch die Rücksicht auf die künftige Ehe, sondern durch ihre gegenwärtige Liebe zu der Schenkung bestimmt worden sind. Deswegen gab ihnen auch das ältere römische Recht in dem genannten Falle ein Rückforderungsrecht nicht. Constantin aber sah eine solche Schenkung als futuri matrimonii causa gemacht an, und bestimmte demnach, daß sie, wenn die Ehe nicht zu Stande komme, revocirt werden könne. Nur wenn der Bräutigam osculo interveniente geschenkt habe, und die Braut nicht Schuld an dem Nichtzustandekommen der Ehe sei, solle er nur die Hälfte des Geschenkten zurückbekommen, — eine halbe Anerkennung des früheren Princips[30].

30) L. 2. 5 C. Th. de spons. et a. n. donatt., l. 15. 16 C. J. de donatt. a. n. — Diese Stellen sind auch noch durch die Bestimmung merkwürdig, daß alles Rückforderungsrecht wegfallen solle, wenn der Schenker Schuld an dem Nichtzustandekommen der Ehe sei.

Wie auf der einen Seite die Voraussetzung von dem Beweggrunde nicht immer leicht zu unterscheiden ist, so kann auf der anderen Seite auch ihre Scheidung von der Bedingung Schwierigkeit machen. Auf die gebrauchten Worte darf auch hier weniger gesehen werden, als auf den gewollten Sinn. Die römischen Juristen erkennen dies um so bereitwilliger an, als ihre Sprache keinen festen technischen Ausdruck für dasjenige darbietet, was hier Voraussetzung genannt worden ist, und statt causa modus, lex, nicht selten sogar geradezu conditio gebraucht wird[31]). Im Zweifel muß für die geringere Beschränkung des Willens gesprochen werden. Man darf also am wenigsten geneigt sein, eine Suspensivbedingung anzunehmen, und muß sich eher für eine Voraussetzung, als eine Resolutivbedingung entscheiden. Doch finden wir im römischen Rechte z. B. auf die mortis causa donatio beide Behandlungsweisen angewendet; dem überlebenden Schenker wird zwar die conditio gegeben, aber auch die rei vindicatio[32]). Constantin ferner gibt dem schenkenden Verlobten, wenn die Ehe ohne sein Verschulden nicht zu Stande kommt, sowohl eine condictio als eine utilis in rem actio und spricht von einer Rückkehr des Eigenthums an den Schenker[33]). Ebenso wird in l. 1 C. de donatt. quae sub

---

31) L. 3. 7 C. de cond. ob causam datorum, l. 42 §. 1 D. de m. c. donatt., l. 44 D. de manum. test., — und wohl gar im Gegensatze zu causa, als der Bezeichnung für den bloßen Beweggrund, l. 2 §. 7 D. de donatt., l. 3 eod. — Insofern könnte möglicherweise Bigot das Richtige gemeint haben, als er sagte, daß der Irrthum im Beweggrunde dann Einfluß auf die Gültigkeit des Vertrages habe, wenn er als „condition" betrachtet werden dürfe. Doch legt der C. N. bei der Schenkung der Voraussetzung nicht bloß den Namen, sondern auch die Wirkung der Bedingung bei. S. den Text.

32) S. Note 25.

33) L. 15. 16 C. de donatt. a. n.

modo dem Schenkenden neben der condictio eine vindicatio zugesprochen[34]). — Und schon oben sahen wir, daß der C. N. jede dem Beschenkten gemachte Auflage nicht bloß condition nennt, sondern ihr zum Theil auch die Wirkung der Resolutivbedingung beilegt, wie daselbst ebenfalls schon von der besonderen Behandlung der Schenkung auf Todesfall, welche sich in ihm findet, geredet worden ist.

VII.

Welches ist der Grund der hier dargestellten Klagerechte?

Ihr Grund ist die Beschränktheit des Willens, wodurch derjenige Vermögensübergang bewirkt worden ist, welcher durch sie revocirt wird.

Der Wille, welchen Jemand erklärt, kann ein beschränkter zuerst dadurch sein, daß er von dem Eintritte eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses, von einer Bedingung, abhängig gemacht worden ist. Ist dann die Bedingung eine Suspensivbedingung, so ist bis zum Eintritte jenes Ereignisses nicht nur kein Wille vorhanden, sondern es ist auch durchaus ungewiß, ob jemals einer vorhanden sein wird; ist die Bedingung eine Resolutivbedingung, so verliert mit Eintritt derselben der Wille alle Existenz, welche er bis dahin gehabt hat. — Der Wille, welchen Jemand erklärt, kann ein beschränkter auch dadurch sein, daß er an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden worden ist, entweder so, daß mit dem Herankommen desselben der bis dahin vorhandene Wille aufhören, oder so, daß vor demselben kein Wille vorhanden sein solle. Im letzten Falle ist es nur, wenn auch

34) Savigny (System IV. S. 284) ist der Ansicht, daß in dieser Stelle etwas Eigenthümliches gerade mit Bezug auf den besondern Inhalt der Auflage — Prästation von Alimenten — verfügt sei.

einstweilen kein Wille vorhanden ist, doch ganz sicher, daß einmal einer vorhanden sein wird, und daher durch eine solche Befristung nicht sowohl seine Existenz in Frage gestellt, als seine Wirksamkeit suspendirt. — Zu der Bedingung und Befristung tritt nun als Drittes die Voraussetzung hinzu. Wer unter einer Voraussetzung will, will wirklich, will auch jetzt gleich, aber er will aus einem bestimmten Grunde in der Weise, daß er denselben zur Grundlage seines Willens gemacht hat. Ist derselbe nicht vorhanden oder fällt er weg, so kann er zwar nicht behaupten, er habe nicht gewollt, da er jenen Grund zur Bedingung nicht erhoben hat, aber er ist nun an den Willen, welchen er wirklich gehabt hat, nicht gebunden, er kann ihn zurücknehmen, und das Klagerecht, womit er diese Zurücknahme verwirklicht, ist eben die allgemeine condictio sine causa.

Man kann sagen: eine Voraussetzung ist eine unentwickelte Bedingung. Ich will nicht, wenn eine Thatsache nicht wirklich ist, und doch mache ich meinen Willen von ihrer Wirklichkeit nicht abhängig; ich sage nicht: ich will nicht, wenn nicht..., sondern ich sage: ich würde nicht wollen, wenn nicht...

Wer also unter einer Voraussetzung leistet, ist der Meinung, daß die Thatsache, durch welche er zur Leistung bestimmt wird, existent sei, oder existent sein werde. Wer daher zur Zeit der Leistung die Ueberzeugung hatte, daß eine bestimmte Thatsache nicht existent sei, oder nicht existent werden könne, kann hinterher nicht behaupten, daß er unter der Voraussetzung der gegenwärtigen oder zukünftigen Existenz dieser Thatsache geleistet habe.

Dieser Satz, so sehr er sich von selbst versteht, mußte hier ausgesprochen werden, weil durch ihn die Einsicht in die Bedeutung eröffnet wird, welche dem Irrthume bei den Condictionen in der That zuzugestehen ist. Der Irrthum ist eine nothwen-

dige Voraussetzung der Condiction in allen den Fällen, in welchen der Condicirende die Meinung, daß die Thatsache, wegen deren Nichtexistenz er jetzt condicirt, existent sei oder existent sein werde, ohne Irrthum nicht haben konnte; konnte er sie ohne Irrthum haben, so wird ihm die Condiction gegeben werden müssen, auch ohne daß er geirrt hat. Aber auch im ersten Falle wird ihm ein Rückforderungsrecht nicht deswegen zugesprochen werden müssen, weil er geirrt hat, sondern weil er nur unter der Voraussetzung der Existenz jener Thatsache geleistet hat; sein Irrthum wird nur die negative Bedeutung haben, daß ohne denselben nicht angenommen werden dürfte, er habe wirklich unter dieser Voraussetzung geleistet. Ist es nun aber überhaupt denkbar, daß der Condicirende von einer Thatsache, auf deren Nichtexistenz er sich jetzt beruft, zur Zeit der Leistung ohne Irrthum angenommen haben könne, sie sei existent oder könne existent werden? Es ist das allerdings denkbar, nämlich so, daß diese Thatsache zur Zeit der Leistung existent gewesen ist, aber hinterher aufgehört hat, existent zu sein. Die condictio quia causa dandi finita est setzt also einen Irrthum bei dem Condicirenden nicht voraus. Zwar kann er im Irrthum gewesen sein, indem er angenommen hat, die causa seiner Leistung werde nicht aufhören, aber es ist nicht nothwendig, daß er im Irrthum gewesen sei, um condiciren zu können. Denn wenn er auch bestimmt gewußt habe, daß die Thatsache, unter deren Voraussetzung er geleistet zu haben behauptet, aufhören würde, so kann man ihm doch nicht bestreiten, daß er nur wegen derselben wirklich geleistet habe, eben weil sie zur Zeit seiner Leistung existent war. Der Käufer, welcher einen Ring als arrha gibt, weiß sehr bestimmt, daß die causa seiner Leistung aufhören wird, da er sowohl den Willen hat, den Vertrag seinerseits zu erfüllen, als die Macht, den Gegner nöthigenfalls zur Erfüllung zu zwingen; dennoch

kann er nach Erfüllung des Vertrages den Ring condiciren (l. 11 §. 6 D. de A. E. V.).

Das römische Recht hat die hier entwickelte Bedeutung des Irrthums bei den Condictionen nicht bloß dadurch anerkannt, daß es die condictio quia causa dandi finita est, wie in der so eben citirten Stelle, auch dem Nichtirrenden gibt, sondern auch dadurch, daß es den Irrthum, wo es ihn für nothwendig erklärt, deswegen für nothwendig erklärt, weil ohne denselben nicht angenommen werden dürfe, daß wirklich unter einer Voraussetzung geleistet worden sei. „Cuius per errorem dati repetitio est", heißt es in l. 53 D. de R. J., „eius consulto dati donatio est". Und in l. 12 D. de novatt. sagt Paulus: „Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori,... is, qui delegavit, tenetur condictione...". Das was diese und andere Stellen des römischen Rechts (l. 82 D. de R. J., l. 29 pr. D. de donatt., l. 47 D. de operis libert., l. 7 §. 2 D. pro empt.) unbezweifelt aussprechen, ist dieses: der Nichtirrende darf nicht sagen, daß er unter der von ihm behaupteten Voraussetzung habe leisten wollen. In wie fern zugleich unter allen Verhältnissen angenommen werden dürfe, daß er wirklich habe schenken wollen, ist in der Note 51 näher ausgeführt.

Ist aber der Irrthum nicht dasjenige, was die Condictionen erzeugt, so darf auch, wo er bei denselben nöthig ist, entschuldbarer Irrthum nicht verlangt, und namentlich Rechtsirrthum nicht für unzureichend gehalten werden. In der That, wird es dadurch, daß ich mit leichter Mühe hätte erkennen können, daß das von mir als existent Angenommene nicht existent sei, weniger sicher, daß ich nur wegen dieses als existent Angenommenen geleistet habe? — Bekanntlich ist aber dieser Satz

in seiner speziellen Anwendung auf die condictio indebiti nichts weniger als unbestritten. Die Untersuchung, ob er auch für diese Geltung habe, kann jedoch hier, da sie für die Interpretation des C. N., wie sich unten zeigen wird, nicht von Bedeutung ist, nicht geführt werden; und ich muß es daher dahingestellt sein lassen, ob mit ihm die speziellen Aeußerungen der Quellen über diese Condiction vereinbar seien, oder ob wir kraft derselben anzuerkennen haben, daß das römische Recht die Natur der Condictionen in dieser speziellen Anwendung verkannt habe.

VIII.

Das ist die römische Lehre von der Voraussetzung. Ein Versuch, dieselbe in umfassender Weise wiederzugeben, sind die Art. 1131—1133 des C. N.

Der C. N. zählt als Bedingungen der Gültigkeit eines Vertrages auf: „le consentement de la partie, qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain, qui forme la matière de l'engagement", und endlich „une cause licite dans l'obligation" (Art. 1108). Ueber diese cause gibt er in den Art. 1131 – 1133 folgende nähere Bestimmungen:

Art. 1131. L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

Art. 1132. La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

Art. 1133. La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.

Die unmittelbare Quelle dieser Bestimmungen ist Pothier in seinem Traité des obligations n. 42 — 46. In n. 42 sagt er: „Toute obligation doit avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés la cause de l'engagement, que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui

donne ou s'engage de lui donner, ou le risque, dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance la liberalité, que l'une des parties veut exercer contre l'autre, est une cause suffisante de l'engagement, qu'elle contracte envers elle. Mais lorsque l'engagement n'a aucune cause, ou ce qui est la même chose, lorsque la cause, pour laquelle il a été contractée, est un fausse cause, l'engagement est nul et le contrat, qui le renferme". Als Beispiel führt er dann an, wenn der Erbe, dem ein Legat auferlegt worden sei, dem Legatar dafür ein Grundstück verspreche, und hinterher ein das Legat revocirendes Codicill entdeckt werde. „Ce contrat", sagt er, „est nul, parceque la cause de mon engagement, qui était l'acquittement de cette dette, s'est trouvée fausse. C'est pourquoi la fausseté de la cause étant reconnue, non seulement vous ne pouvez avoir d'action pour vous faire livrer l'héritage, mais, si je vous l'avais déjà livré, j'aurais action pour vous le faire rendre; et cette action s'appelle condictio sine causa. Voyez le titre ff. de condictione sine causa".

Dieses Citat, und noch mehr die unmittelbar folgende Darstellung der cause illicite, wovon sogleich, zeigt, daß Pothier die römische Condictionenlehre in ihrer Anwendung auf Obligationen, wovon namentlich in der l. 1 des citirten Titels die Rede ist, hat wiedergeben wollen. Es liegt aber auf der Hand, daß er sich nicht klar gemacht habe, was das römische Recht in dieser Lehre mit dem technischen Ausdruck causa bezeichne. Er handelt nicht von der Voraussetzung, sondern von dem Beweggrunde. Daher ist ihm eine mögliche cause der animus donandi, obgleich derselbe, wo er Grund der Leistung gewesen ist, nie nicht existiren und hinterher so wenig wegfallen kann, als jeder pure erklärte Wille. Daher ist ihm ferner mögliche cause die erwartete Gegenleistung, obgleich im zweiseitigen Vertrage jeder Contrahent sich nicht unter der

Voraussetzung verpflichtet, daß er dafür ein Forderungsrecht gegen den andern erwerbe, — wodurch eben kein zweiseitiger Vertrag entstehen würde, sondern zwei einseitige, — sondern in der Weise, daß sein Versprechen nur als Theil des Ganzen, zu dessen Bildung es beitragen soll, Bestand hat, so daß er, wenn dieses Ganze nicht zu Stande kommt, weil der andere Contrahent nicht verpflichtet wird, nicht an die übernommene Verpflichtung nicht gebunden, sondern gar nicht verpflichtet ist. Eine eigentlich hierher gehörige causa führt er erst in dem Beispiele an, wodurch er erläutert, wie die causa nicht existiren könne.

Pothier mußte aber um so weniger Schwierigkeit finden, das Versprechen im zweiseitigen Vertrage hierher zu beziehen, als er auch darin die römische Lehre verkennt, daß er die obligation sans cause ou sur une fausse cause für nichtig hält, die condictio erst da gibt, wo aus ihr gezahlt worden ist. Vielleicht ist er auch umgekehrt durch die Nichtigkeit, woran anerkanntermaßen das Versprechen im zweiseitigen Vertrage leidet, wenn der andere Contrahent nicht verpflichtet wird, veranlaßt worden, dem Wegfallen jeder anderen cause dieselbe Wirkung zuzuschreiben.

Die Redactoren haben sich an diese Pothier'sche Ausführung genau angeschlossen. Dies zeigt unwiderleglich dasjenige, was Bigot im Corps législatif über die Art. 1131 und 1132 gesagt hat. „Il n'y a point d'obligation sans cause“, bemerkte er. „Elle est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles. On ne peut pas présumer, qu'une obligation soit sans cause, parcequ'elle n'y est pas exprimée. Ainsi lorsque par un billet une personne déclare, qu'elle doit, elle reconnaît par cela même, qu'il y a une cause légitime de la dette, quoique cette cause ne soit pas exprimée. Mais la cause, que l'acte exprime ou fait présu-

mer, peut ne pas exister ou être fausse, et si ce fait est constaté par des preuves, que la loi autorise, l'équité ne permet pas, que l'engagement existé [35]).

Bigot zerlegt also den Satz, welchen Pothier an die Spitze stellt: „toute obligation doit avoir une cause honnête", in zwei Theile: jede Verpflichtung muß 1) einen Beweggrund haben, und zwar 2) einen erlaubten, und geht seinerseits von dem ersten Theile desselben aus. „Il n'y a point d'obligation sans cause", sagt er, ohne Beweggrund gibt es keine Obligation. Den möglichen Beweggrund findet sodann auch er in der erwarteten Gegenleistung oder in der Absicht zu schenken. Durch jenen Ausgangspunkt wird er aber sogleich zu der Frage geführt: kann denn ein Versprechen gar keinen Beweggrund haben? Daß es keinen habe, ist die Antwort, darf man daraus nicht schließen, daß keiner darin ausgedrückt ist; vielmehr läßt schon die Existenz des Versprechens vermuthen, daß es einen habe. Mit andern Worten also: ein Versprechen ohne Beweggrund gibt es nicht. Aber der ausgedrückte oder vermuthete Beweggrund kann nicht existiren oder irrig sein; beweist der Schuldner das, so verbietet die Billigkeit, daß das Versprechen Bestand habe.

Alles dieses ist im Gesetzbuche ausgedrückt; der als Resultat gefundene letzte Satz im Art. 1131: „l'obligation sans canse ou sur une fausse cause ne peut avoir aucun effet", die Negation, zu welcher jener eigenthümliche Ausgangspunkt geführt hat, im Art. 1132: „la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée".

Der Kern dieser Bestimmungen ist also: wenn der Beweggrund der Verpflichtung nicht existirt oder (= d. h.) irrig als existent angenommen worden ist, so ist die Verpflichtung nichtig. Von jedem Irrthume im Beweggrunde kann dies aber

35) Disc. publ. V. p. 15.

nicht gelten, da an einer anderen Stelle Bigot in derselben Allgemeinheit den gerade umgekehrten Satz: der Irrthum im Beweggrunde hat auf die Gültigkeit der Verpflichtung keinen Einfluß, ausspricht[35a]). Wo ist also die Grenze zu ziehen? Es bleibt nichts übrig, als die mißverstandene römische Lehre, aus welcher jener Satz entstanden ist, hierher zu beziehen. Die Berechtigung dazu liegt für uns darin, daß die in ihr entwickelte Unterscheidung zwischen Beweggrund und Voraussetzung keine positiv römische ist, sondern auf der naturalis ratio, der unveränderlichen Natur der Dinge, beruht.

Aber eine andere Frage dürfen wir aus dem römischen Rechte nicht beantworten, die Frage nach der Wirkung der deficiens causa. Nach römischem Rechte hat die Unwirklichkeit der Voraussetzung auf die Existenz der Obligation, welche unter derselben contrahirt worden ist, keinen Einfluß, die Obligation besteht in voller Kraft; es kann nur auf Rückgabe derselben, d. h. auf Liberation, geklagt werden. Die obligation sans cause des C. N. dagegen ist für nichtig zu erklären: noch viel weniger wegen des Ausdrucks „ne peut avoir aucun effet", — der Schluß daraus wäre doch immer unsicher, — als weil seine unmittelbare Quelle, Pothier, sie unzweifelhaft dafür erklärt, und weil er sie mit der obligation sur une cause illicite zusammenstellt, welche nach seiner Auffassung unbedingt für nichtig zu halten ist[36]). So bemerkt auch der Berichterstatter des Tribunats zu Art. 1131: „Dans tous ces cas il n'y a pas d'obligation, ou il faudrait admettre des effets sans cause[37]).

Freilich gerathen wir so in einen Widerspruch. Wir entnehmen aus dem römischen Recht und der naturalis ratio die

---

35a) S. oben S. 253.
36) Davon sogleich.
37) Disc. publ. V. p. 109.

Bestimmung darüber, wann die Nichtexistenz des Beweggrundes auf den Bestand der Verpflichtung Einfluß habe, ohne zugleich die Frage, wie sie den Bestand derselben afficire, aus denselben Quellen zu beantworten, obgleich jenes dieses nothwendig setzt; aber wie ist hier zu helfen [38])?

Und bemerke man hier zugleich, daß die Art. 1131—33 zwar nur von obligations reden, daß man deswegen aber nicht geneigt sein darf, das dare sine causa ihrer Bestimmung zu entziehen. Denn wir sahen schon oben, daß der C. N. auch aus dem dinglichen Vertrage eine obligation entstehen läßt [38a]). Also geht durch den dinglichen Vertrag, wenn er sans cause ist, Eigenthum gar nicht über; die übertragene Sache ist zu vindiciren, nicht zu condiciren. Allerdings gilt das aber nur bei Immobilien; an Mobilien kann dem Besitzer wegen der Regel: „en fait de meubles possesion vaut titre“ das Eigenthum nicht bestritten, sondern nur von ihm verlangt werden, daß er die Sache trotz seines Eigenthums herausgebe. In Beziehung auf sie ist also die Rückforderungsklage ganz die römische condictio. —

---

38) Man erinnert sich, daß der C. N. bei der Schenkung die Voraussetzung eines zukünftigen Thuns des Beschenkten als Resolutivbedingung auffaßt, und daß er in den Art. 2050 f. aus der Nichtexistenz der Voraussetzung die Rescissionsklage wegen Irrthums entstehen läßt. Aber diese Bestimmungen, die in ihrer Besonderheit anzuerkennen sind, dürfen gegen das in sede materiae über die Wirkung der Nichtexistenz der causa Bestimmte um so weniger verallgemeinert werden, als der C. N. in ihnen gar nicht daran denkt, daß sie Fälle betreffen, welche in dem Gebiet der Lehre von der cause liegen. Wie wenig er überhaupt hier sich selbst klar geworden ist, dafür mag auch noch das angeführt werden, daß in den Discussionen der auf das Leben einer Person gestellte Leibrentenvertrag, welche zur Zeit des Abschlusses desselben bereits gestorben ist, als Vertrag sans cause bezeichnet wird. Disc. part. VI. p. 264, publ. VI. p. 260.

38a) Das Nähere in der folgenden Abhandlung.

Bisher ist nur von der obligation sans cause ou sur une fausse cause die Rede gewesen. Die Bedeutung der damit zusammengestellten obligation sur une cause illicite erläutert Bigot am angeführten Orte folgendermaßen: „Toute obligation doit être proscrite, si elle a été contractée malgré la défense de la loi ou si elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre publique". Es wird daher darunter nicht wie im römischen Recht eine Verpflichtung zu dem Ende verstanden, daß der andere Contrahent etwas Unerlaubtes thue, oder etwas Gebotenes nicht thue, oder auch seine Pflicht erfülle, sondern eine Verpflichtung, deren Object den Gesetzen oder der Moral widerspricht. In dieser Abweichung vom römischen Rechte steht der C. N. auf eigenen Füßen, Pothier trägt die reine Lehre desselben vor [39].

IX.

Obligation sans cause und obligation sur une fausse cause ist dem C. N. dasselbe. Sans cause ist sie, insofern ihre

39) Aber daraus folgt nicht, daß der C. N. die obligatio ob turpem causam im Sinne des römischen Rechts anerkenne. Das römische Recht gab eine condictio gegen sie, weil Niemand sich auf ein Geschäft berufen dürfe, welches ihm zur turpitudo gereiche; und dieser Satz ist viel zu tief in der Aufgabe alles Rechtes begründet, als daß wir seine Geltung für irgend eine positive Gesetzgebung von deren ausdrücklicher Sanction abhängig machen dürften. Vergl. oben S. 281. Nur ist eine solche obligatio im Sinne des C. N. nicht an und für sich bestehend, und nur einer condictio ausgesetzt, sondern, als obligation sans cause, — eben weil sich der Gläubiger auf das Geschäft, woraus sie entstanden ist, nicht berufen darf, — nichtig. Daher ist nach französischem Rechte der Schuldner auch dann, wenn ihm gleichfalls eine turpitudo zur Last fällt, nicht verpflichtet, während er nach römischem Rechte in diesem Falle seine obligatio nicht condiciren, nur die Zahlung daraus verweigern konnte.

cause nicht existirt, sur une fausse cause, insofern die Existenz derselben fälschlich angenommen worden ist. Zwar kennt das römische Recht obligationes sine causa, welche nicht zugleich obligationes ex falsa causa sind, doch läßt sich bei der mangelhaften Einsicht der Redactoren in die ganze Lehre nicht annehmen, daß sie diesen Gegensatz im Auge gehabt haben.

Es ist aber bereits angedeutet worden, daß dieselben, durch den unmittelbarer Wortsinn verführt, dem Ausdruck obligation sans cause noch eine andere Bedeutung beigelegt, darunter diejenige Obligation verstanden haben, welche keinen Beweggrund hat. Das zeigt sich in dem Satze, welchen Bigot an die Spitze dieser Lehre stellt: „il n'y a pas d'obligation sans cause"; das zeigt sich ferner in der Bestimmung des Art. 1132, daß die Obligation nicht deswegen für ungültig gehalten werden dürfe, weil kein Beweggrund in derselben ausgedrückt sei. Denn was hier eigentlich gesagt werden sollte, ist dieses: daraus, daß in der obligation keine cause genannt worden ist, darf man nicht schließen, daß sie sans cause sei, d. h. keinen Beweggrund habe. Vielmehr, fügt Bigot erläuternd hinzu, läßt das Dasein der Verpflichtung selbst präsumiren, daß sie auch einen Beweggrund habe.

Der C. N. berührt also diesen unmöglichen Begriff der obligation sans cause nur, um ihn sogleich wieder fallen zu lassen, und widmet ihm einen Artikel nur, um zu sagen, daß er undenkbar sei. Dennoch hat er Unheil genug angestiftet, indem er den richtigen Begriff der obligation sans cause verdeckt hat.

Das tritt schon bei der Staatsrathsberathung hervor. Wie ist denn eine obligation sans cause denkbar? fragte Segur gleich zu Anfang derselben, offenbar darunter eine Verbindlichkeit ohne Beweggrund verstehend. Und welche Antworten hat er auf diese Fragen bekommen? Bigot zwar hat ihm die

richtige gegeben, obgleich auch er hier das Richtige in unrichtiger Einhüllung vorträgt. Das Vorhandensein der obligation, sagt er, läßt präsumiren, daß der Schuldner einen Beweggrund gehabt habe, jedoch kann er diese Präsumtion vernichten, indem er den Gegenbeweis führt, daß er wirklich keinen gehabt habe. Da bleibt also die obligation sans cause eine Obligation ohne Beweggrund. Doch nur zum Scheine; denn wie kann der Schuldner beweisen, daß er keinen Beweggrund gehabt habe? Er kann nur beweisen, daß derjenige, welcher ihn wirklich bewogen hat, nicht existire. Nur das kann Bigot hier gemeint haben, wie er es im Corps législatif wirklich ausgesprochen hat; man sieht aber, wie viel Macht die unrichtige Vorstellung selbst über ihn gewonnen hat. Nun höre man aber die Anderen. Regnaud nennt als Beispiel einer obligation sans cause eine Schuldverschreibung, in welcher nicht gesagt sei „valeur reçue," — also eine Obligation, in der die cause nicht genannt sei, und von der daher angenommen werden müsse, daß sie keine habe. Also gerade die Vorstellung, welche der C. N. im Art. 1132 ausdrücklich ausgeschlossen hat, der ihm denn auch natürlich sogleich entgegengehalten wurde. Darauf tritt Treilhard auf und meint, „que ceux, qui sont familiarisés avec les principes du droit, conçoivent facilement, qu'il y a des obligations sans cause". Aber was er vorbringt, ist nur eine Modification der Meinung Regnaud's. Zwar, sagt er, wenn der Schuldner gesagt hat: je dois, muß man annehmen, daß er durch eine cause bestimmt worden sei. Hat er aber nur gesagt: je compterai, so „il n'y a pas de cause présumée", d. h. also, der Gläubiger muß das Vorhandensein einer cause erst besonders nachweisen [40]).

Bei diesem Nebel, welcher die Art. 1131 und 1132 von

40) Disc, part. V. p. 19. 20

ihrer Geburt an umgeben hat, darf man es kaum auffallend finden, daß die Jurisprudenz ihnen kein sicheres und in sich klares Resultat hat abgewinnen können.

X.

Ich bleibe nicht bei den verschiedenen Darstellungen stehen, welche die verschiedenen Schriftsteller von dem Gegensatze zwischen Beweggrund und cause geben; es scheint mir durch sie das in den ersten Paragraphen dieser Abhandlung darüber Gesagte nicht überflüssig gemacht zu sein. Ich bemerke nur, daß Toullier die cause von der Bedingung nicht nur nicht trennt, sondern ausdrücklich mit ihr zusammenwirft.

Ueber die verschiedenen Arten, in welchen eine Obligation sans cause sein kann, gibt Toullier[41]) eine vollständige Uebersicht. Entweder, sagt er, ist dasjenige, was mich zum Versprechen bestimmt hat, schon zur Zeit desselben nicht vorhanden, oder seine Existenz wird erwartet, tritt aber nicht ein, oder es ist zur Zeit des Versprechens vorhanden, fällt aber hinterher weg. Aber er ist doch weit entfernt, das Richtige vollständig erfaßt zu haben. Zuerst rechnet auch er den animus donandi zu den causes. Wie er wegfallen könne, erläutert er durch folgende Beispiele. Ich verspreche dem Titius Alimente, oder ich gebe ihm ein Darlehn mit Rücksicht auf seine Person; dann stirbt er. Allerdings haben dann seine Erben aus meiner Willenserklärung keinen Anspruch; aber nicht, weil mein Wille, ihnen eine Liberalität zu erweisen, weggefallen ist, sondern weil ich ihn nie gehabt habe. — Sodann zählt auch er die Verpflichtung im zweiseitigen Vertrage hierher. Daher erscheint als Hauptfall des Aufhörens der zur Zeit der Verpflichtung existenten causa der hinterherige Untergang

41) VII. n. 166 — 182, 37 — 48.

der Sache, über welche contrahirt wird, und Toullier trägt den bekannten Satz, wornach dieser Untergang den Käufer nicht liberirt, den Miether allerdings von der Verpflichtung, ferneres Miethgeld zu zahlen, entbindet, in dieser Form dar: der Käufer, nicht der Miether, wird durch das Wegfallen der causa von seiner Verbindlichkeit befreit. — Dabei scheint er noch in einer anderen Beziehung über das, was cause eigentlich bedeuten soll, keineswegs klar zu sein. In dem so eben angeführten Beispiele hält er die Sache, worüber contrahirt wird, dafür. In demselben Sinne sagt er: wenn ich ein abgebranntes Haus kaufe, so ist der Vertrag nichtig; „la cause n'existait pas, lorsqu'il a été passé". Gleich darauf aber führt er als ferneres Beispiel einer zur Zeit der Verpflichtung nicht existirenden causa den Fall an, wo ich ein mir zugehöriges Haus kaufe, und da heißt es dann wieder: „la cause du contrat était d'acquérir la maison". Sodann, sich selbst die Frage aufwerfend, wie denn eine Obligation sur une fausse cause sein könne, ohne zugleich sans cause zu sein, von welcher sie doch der Art. 1131 unterscheide, gibt er zur Antwort: z. B. wenn ein Erbe eine ihm im Testamente gemachte Auflage durch Schuldbekenntniß erfüllt, und hinterher entdeckt wird, daß das Testament falsch sei. Also war nach Toullier's Ansicht der Verpflichtungsgrund hier das Stück Papier, welches man Testament genannt hat. — Endlich aber verliert er sich sogar in den unrichtigen Begriff von obligation sans cause und erklärt für ungültig diejenige Obligation, welche die Angabe ihres Beweggrundes nicht enthalte, — wenn nicht der Gläubiger das Vorhandensein einer rechtsbeständigen causa nachweise; beschränkt aber zugleich inconsequenter Weise diesen Satz auf den Fall, wo ein unrichtiger Beweggrund angegeben sei. Seine Meinung ist also wohl, daß dann Ungesetzlichkeit der wirklichen causa anzunehmen sei.

Duranton[42]) gibt von dem möglichen Inhalte der causa eine ähnliche Darstellung, wie Bigot. „En un mot, la cause de l'obligation de l'une des parties dans les contrats onéreux, c'est la chose, que l'autre lui a donnée ou lui donnera ou ce qu'elle a fait ou fera pour elle, et dans les contrats de titre gratuit ou de bienfaisance, c'est généralement la volonté de conférer un bienfait". So führt er als Beispiele einer obligation sans cause, sur une fausse cause und sur une cause illicite den Kauf einer Sache, die niemals existirt hat, — die vor dem Vertrage untergegangen ist, — die nicht in commercio ist, — an. Erst ganz am Schlusse seiner Darstellung macht er die Bemerkung, daß es auch vorkommen könne, daß die causa zwar zur Zeit des Versprechens existire, aber hinterher wegfalle, wenn z. B. derjenige, dessen Dienste Jemand auf ein Jahr gemiethet habe, hinterher sterbe[43]). — Und auch er lehrt, wie Toullier, daß die Obligation, in welcher ein unrichtiger Beweggrund angegeben sei, für ungültig so lange gehalten werden müsse, bis der Gläubiger die Wirklichkeit eines andern rechtsbeständigen nachgewiesen habe; erklärt aber nicht bloß diese, sondern auch diejenige für ungültig, in welcher gar kein Beweggrund genannt sei. Dann müsse nämlich angenommen werden, daß die cause derselben der animus donandi gewesen sei; so daß sie nur dann aufrecht erhalten werden könne, wenn in ihr die Förmlichkeiten der Schenkung erfüllt seien, — wenn nicht der Gläubiger die Wirklichkeit einer andern cause nachweisen wolle. Denn, sagt er, der Art. 1131 erklärt nicht bloß die obligation sur une fausse, sondern auch die obligation sans cause für nichtig; sans

42) X. n. 324 — 377, 110 — 111.

43) In einem solchen Falle, meint er, hätten die Römer die „condictio data causa, causa non secuta" gegeben.

cause und nicht zugleich sur une fausse cause kann aber nur das Schenkungsversprechen sein. Also ein ganz neuer Begriff von obligation sans cause, eine Verpflichtung, welche außer dem animus donandi keine cause hat.

Wenn bei Toullier und Duranton der unrichtige Begriff von obligation sans cause sich nur neben den richtigen eindrängt, so hat er bei Zachariä und Stabel den richtigen ganz verdrängt. Zwar sprechen Beide ebenfalls von dem Gegensatze zwischen Beweggrund und Bestimmungsgrund, und lehren, daß der letztere entweder eine Gegenleistung der andern Parthei, oder der Wille, ihr einen Dienst zu erweisen, sein könne; aber was Zachariä als Inhalt der Art. 1131 und 1132 angibt[44]), ist Folgendes. Der Vertrag ist ungültig, wenn es ihm an einem Verpflichtungsgrunde gänzlich gebricht. Daß er einen gehabt habe, muß, wenn in ihm keiner genannt ist, der Gläubiger beweisen, sonst ist er sans cause. Ist einer genannt, so kann der Schuldner den Beweis führen, daß derselbe nicht der wahre, daß die Verpflichtung eine obligation sur une fausse cause sei. Thut er das, so ist der Vertrag wieder so lange für sans cause zu halten, bis der Gläubiger nachgewiesen hat, daß er einen andern rechtsgültigen Verpflichtungsgrund habe. — Dasselbe lehrt noch bestimmter Stabel[45]), indem er geradezu sagt, daß der Art. 1131 von dem Mangel der Angabe der Ursache oder der Angabe einer unrichtigen Ursache rede. Beides mache den Vertrag nichtig, bis derjenige, welcher sich auf ihn berufe, das Vorhandensein einer wirklichen und erlaubten Ursache nachgewiesen habe. Als Grund dieser Bestimmung gibt er an, weil in Ermangelung der Angabe der

44) II. §. 344.
45) §. 39.

Ursache oder bei Angabe einer unrichtigen Ursache — zwar nicht anzunehmen sei, daß der Vertrag gar keine Ursache habe, was nicht denkbar sei, aber — der Richter nicht prüfen könne, ob sie rechtsbeständig sei.

Auch Delvincourt ist wohl hierher zu rechnen, obgleich bei der Kürze seiner Darstellung [46]) nicht recht hervortritt, was er eigentlich will. „Comme on n'est jamais présumé“, sagt er, „s'engager sans un motif quelconque, il en résulte, que toute obligation sans cause, ou ce qui est la même chose, sur une fausse cause, est nulle“. Dadurch aber, fährt er fort, ist eine Obligation nicht nichtig, daß in ihr keine cause genannt ist, vorausgesetzt, daß der Gläubiger das Vorhandensein einer causa licita nachweise.

Eine zum Theil ganz eigenthümliche Theorie findet sich in einer Abhandlung von Zum Bach „über die wesentlichen Erfordernisse der Verträge“ [47]). Das Eigenthümliche der Theorie des Verfassers besteht darin, daß er annimmt, der Art. 1131, wenn er lehre: „l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet“, rede nicht von Vertragsobligationen, sondern von Obligationen im Allgemeinen, spreche also den Satz aus: jede Obligation ist nichtig, welche nicht entweder auf einem Vertrage oder Quasivertrage, einem Delicte oder Quasidelicte, oder einer unmittelbaren Verfügung der Gesetze beruhe [48]). Der Verfasser gibt aber ferner zu, daß nach der Vorschrift des Art. 1131 auch der Vertrag, welcher selbst schon eine cause sei, nun auch seinerseits wieder eine cause haben müsse. Ueber diese cause nun, um die es sich eben hier handelt,

---

46) II. p. 12. 308.
47) Kamptz'sche Jahrbücher für Gesetzgebung, XIII. S. 84 f.
48) Veranlassung dieser Ansicht ist Pothier Obl. n. 2.

trägt er nichts Neues, aber das Bekannte in einer seltsamen Mischung vor. Bei zweiseitigen Verträgen liege die cause des Versprechens des Einen in der Leistung des Anderen, und sein Versprechen müsse daher ungültig werden, wenn die Bedingung desselben, eben jene Leistung, durch ein von dem Willen der Partheien unabhängiges Ereigniß nicht erfüllt werde; was übrigens — und darin hat er sehr Recht — aus dem Wesen des zweiseitigen Vertrages von selbst folge, und nicht erst besonders vorgeschrieben zu werden brauche. Bei einseitigen Verträgen aber, fährt er fort, kann nach naturrechtlichen Grundsätzen auf den Grund, warum Jemand verspricht, nichts ankommen, „da in dem acceptirten Versprechen, in der Uebereinkunft an sich, schon der Verbindlichkeit Grund liegt". Indessen verlange oft das bürgerliche Gesetz entweder die Erklärung, daß man zum Versprechen keinen andern Grund habe, als den Antrieb des Willens, d. h. daß man schenken wolle, „oder ein vorausgegangenes Verhältniß, welches seiner Natur nach einen Verbindlichkeitsgrund nach sich zieht. War indessen es der Wille des französischen Codex, im Art. 1131 dies zu verfügen, so mußte er sich deutlicher ausdrücken". Man sieht, da ist ihm obligation sans cause eine Obligation, in welcher der Verpflichtungsgrund nicht erklärt ist. Von der obligation sur une fausse cause lehrt er in gleicher Weise, daß sie diejenige sei, welche auf einem Vertrage beruhe, in welchem nicht der richtige Beweggrund angegeben sei, der eine Simulation enthalte. Jedoch mache nicht jede Simulation den Vertrag nichtig, sondern nur diejenige, die zum Nachtheile Dritter gereiche. Jedoch könne die fausse cause auch von einem Irrthume verstanden werden, und zwar dem Irrthume, welcher bestehe in der Voraussetzung, daß die erwartete Gegenleistung, welche die Bedingung des gegebenen Versprechens sei, erfolgen werde. Da ist dann

wieder obligation sur une fausse cause und obligation sans cause dasselbe.

XI.

Der Satz, daß die Verpflichtung, in welcher keine oder nicht die wahre cause angegeben ist, so lange für nichtig zu halten sei, bis der Gläubiger die Existenz einer wahren cause nachgewiesen habe, ist die Frucht des falschen Begriffs von obligation sans cause, welcher sich in die Auffassung des C. N. hineingedrängt hat. Bei der großen Autorität, welche dieser Satz in Theorie und Praxis [49]) genießt, halte ich es nicht für überflüssig, dem Nachweis der Unhaltbarkeit desselben hier noch eine besondere zusammenhängende Darstellung zu widmen, obgleich dabei zum Theil nur bereits Gesagtes wiederholt werden kann.

Sehen wir zunächst auf die Natur der Sache. Eine Obligation ohne Verpflichtungsgrund ist undenkbar; daß sie irgend einen gehabt habe, zeigt ihre Existenz selbst. Will der

49) Zwar finde ich die richtige Ansicht in den Urtheilen der Höfe von Bourges vom 12. Februar 1825 (S. XXV. 2. 355) und Agen vom 3. Juli. 1830 (S. XXXII. 2. 575) ausgesprochen. Dagegen gehen zwei Urtheile des Cassationshofes, vom 9. Juni 1812 (S. XII. 1. 233) und vom 8. April 1835 (S. XXXVI. 1. 37), davon aus, daß, wenn die fausseté der angegebenen cause feststehe, der Gläubiger die Wirklichkeit einer andern nachweisen müsse, und der Hof von Pau entband am 11. November 1834 (S. XXXV. 2. 167) den Gläubiger von diesem Beweise nur deswegen, weil die Falschheit der angegebenen Ursache bloß durch sein Geständniß, in welchem er zugleich die Existenz einer andern behauptet habe, — welches Geständniß nicht getrennt werden dürfe, — feststehe. Ferner gibt es eine Reihe von Urtheilen, welche erklären, daß, wenn der Schuldner gesagt habe: je dois oder je reconnais devoir, die Obligation nicht sans cause sei, und daher von dem Gläubiger der Nachweis derselben nicht geliefert zu werden brauche. Cass. 9. Januar 1822 (S. XXII. 1. 272), 29. August 1831 (S. XXXI. 1. 410), Nimes 8. März 1820 (S. XX. 2. 164).

Schuldner beweisen, daß dieser Verpflichtungsgrund in der Wirklichkeit nie existirt habe, oder nicht mehr existire, so mag er es thun; aber beweisen muß er es auch, die Präsumtion spricht nicht dafür.

Ist in einer Obligation der unrichtige Verpflichtungsgrund angegeben, so ist sie gleich einer, in welcher die Angabe des Verpflichtungsgrundes ganz fehlt.

Aber, könnte man sagen, — und die Schriftsteller sagen es mehr oder minder ausdrücklich, — muß man nicht, wenn in der Obligation keine causa, oder wenigstens dann, wenn eine unrichtige angegeben worden ist, schließen, daß die wirkliche eine unerlaubte sei? Es liegt aber auf der Hand, wie willkürlich es ist, diesen Schluß als einen absolut richtigen hinzustellen. Die Partheien können eine Menge von andern Gründen gehabt haben, den Verpflichtungsgrund gar nicht, oder statt des wahren einen andern zu nennen, als die Unerlaubtheit desselben. Doch will ich nicht leugnen, daß namentlich aus der Nennung der unrichtigen causa der Richter im einzelnen Falle einige Vermuthung für die Unerlaubtheit der wahren zu ziehen berechtigt sein mag; aber selbst darauf wird er nur dann Rücksicht nehmen dürfen, wenn die vom Schuldner behauptete wirkliche causa von der Art ist, daß er sich einen schriftlichen Beweis dafür nicht verschaffen konnte, z. B. Zwang, oder der Anfang eines schriftlichen Beweises vorliegt (Art. 1353).

Einen andern Schluß will Duranton aus der Nichtnennung der causa ziehen; man müsse dann präsumiren, daß der animus donandi der Verpflichtungsgrund sei, und von dem Gläubiger daher, wenn die Formen der Schenkung nicht erfüllt seien, den Beweis einer andern causa verlangen. Aber für den animus donandi sollte eine Präsumtion sprechen? Duranton beruft sich darauf, daß, wenn man von dem

Gläubiger diesen Beweis nicht verlangen wollte, dadurch die Gesetze, welche für die Schenkung gewisse Förmlichkeiten erforderten, rein illusorisch werden würden; denn dem Schuldner, welcher sich darauf berufe, daß dieses Versprechen eine Schenkung involvire, den Beweis davon auferlegen, heiße von ihm den Beweis einer reinen Negation verlangen. Aber ist denn Schenken etwas Negatives? Freilich, Duranton, welcher das Schenkungsversprechen ein Versprechen sans cause nennt, denkt sich, dem Schuldner fromme nur der — allerdings nie zu erschöpfende — Beweis, daß er nicht gekauft, gemiethet, getauscht u. s. w. habe[50]).

Was als der Natur der Sache gemäß so eben dargestellt wurde, ist allerdings im römischen Rechte nicht anerkannt. Das römische Recht stellt den Grundsatz auf, daß wenn Jemand eine obligatio, in welcher die causa nicht genannt sei, als indebita condicire, der Gläubiger zu beweisen habe, daß der Verpflichtung eine wirkliche Schuld zu Grunde liege. Aber dürfen wir diesen Satz in das französische Recht übertragen? Wir dürfen es meiner Ansicht nach schon deswegen nicht, weil er ganz positiv ist. Aber noch mehr, die Redactoren haben sein gerades Gegentheil ausgesprochen. Bigot hat das der Natur der Sache Gemäße ausdrücklich anerkannt, daß die Thatsache der Verpflichtung selbst die Präsumtion begründe, daß sie einen Grund — und zwar einen erlaubten — habe, und daß der

50) N. 355. »En effet les causes des obligations sont innombrables, et quand bien le souscripteur de l'acte parviendrait à établir, ce qui serait d'ailleurs fort difficile, pour ne rien dire de plus, qu'il ne devait rien à titre de prêt, d'achat, de mandat etc., il ne s'ensuivrait pas, qu'il ne dût point à un autre titre; en sorte que jamais il ne parviendrait à prouver, qu'il s'est obligé sans cause.

Schuldner sich ihr nur entziehen könne, wenn er die Nichtexistenz desselben nachweise[51]).

---

51) In andern Stellen des römischen Rechts (s. oben S. 297) ist gesagt, daß, wenn Jemand zahle, wissend, daß er nicht schuldig sei, man annehmen müsse, er habe schenken wollen. Beweist das nicht für Duranton's Behauptung, daß, wenn bei einer Obligation der Verpflichtungsgrund nicht angegeben sei, man annehmen müsse, sie sei animi donandi gemacht? Denn von der Leistung, von welcher an jenen Stellen die Rede ist, steht es fest, daß sie aus dem Grunde, auf welchen sich der Kläger beruft, nicht gemacht worden sei; ein anderer aber liegt nicht vor. — Aber man bemerke Folgendes. Derjenige, welcher unter der Voraussetzung, unter welcher er geleistet zu haben behauptet, nicht geleistet hat, hat auf jeden Fall leisten wollen. Dieser Wille steht fest; ob er ihn ohne alle Voraussetzung, oder unter der Voraussetzung einer anderen Thatsache, als diejenige ist, auf deren Nichtexistenz er sich jetzt beruft, gehabt habe, darüber steht nichts fest; eins und das andere ist möglich. Bleibt man dabei stehen, daß nichts vorliege, als sein Wille, daß der Empfänger reicher werden solle, so muß man sagen: er habe schenken wollen. Das thun die römischen Juristen, und wählen damit einen für das, was sie sagen wollen, in den regelmäßigen Fällen nicht unrichtigen Ausdruck. Denn sie wollen sagen, daß der Geber, trotz der Nichtexistenz der Thatsache, welche er als Voraussetzung seiner Leistung bezeichne, an seine Leistung gebunden sei; in den regelmäßigen Fällen aber hat die donandi animo gemachte Leistung nicht geringere Kraft, als die aus einem anderen Grunde gemachte. In ausgenommenen Fällen aber hat sie eine solche geringere Kraft allerdings; für diese Fälle würde daher durch jenen Ausdruck nicht so wohl gesagt werden, daß der Geber an seine Leistung gebunden sei, als vielmehr, daß er daran nicht gebunden sei. Daher zweifle ich nicht, daß, wenn die römischen Juristen von einem jener ausgenommenen Fälle geredet hätten, z. B. von dem Falle, wo die beiden Partheien Ehegatten sind, sie jenen Ausdruck nicht gewählt haben würden; daß sie in einem solchen Falle sogleich das wahre juristische Verhältniß der Sache bezeichnet und gesagt haben würden, daß weiter nichts vorliege, als der Wille, daß der Empfänger reicher werden solle, und daß daher, wer sich darauf berufe, daß der Grund dieses Willens gerade dieser bestimmte, und kein anderer gewesen sei, das beweisen müsse. — So mag es denn

XII.

Welche Bedeutung ist im C. N. bei der Ungültigkeit wegen Mangels der causa dem Irrthume zuzuschreiben?

Irrthum ist für überhaupt nöthig zu erachten in allen den Fällen, in welchen er nach römischem Rechte nöthig war, damit eine condictio entstehe. Denn dieser Satz sagt mit anderen Worten dieses: Irrthum ist in den Fällen für nöthig zu erachten, in welchen er nach römischem Rechte nöthig war, damit angenommen werden könne, daß wirklich unter einer Voraussetzung geleistet worden sei; und die Frage, wann man annehmen könne, daß eine Leistung sans cause sei, muß, wie sich oben herausgestellt hat, auch für den C. N. nach römischen Grundsätzen beantwortet werden.

Wo aber Irrthum nöthig ist, muß kein entschuldbarer verlangt, und namentlich also auch ein Rechtsirrthum für ausreichend gehalten werden; denn der Irrthum ist nicht der Grund der Unwirksamkeit der unter einer nicht existenten Voraussetzung gemachten Leistung. Wenn dieser Satz schon für das römische Recht behauptet werden mußte, so kommt für den C. N. noch hinzu, daß derselbe, indem er die obligation sans cause für ungültig erklärt, des Irrthums durchaus nicht erwähnt, und daß er dieselbe, indem er sie mit der obligation sur une cause illicite zusammenstellt, als absolut nichtig bezeichnet, während er aus dem Irrthume sonst nur eine relative Ungültigkeit entstehen läßt.

---

auch im französischen Rechte gehalten werden. Mag man immerhin sagen, daß jede obligation, bei der kein Verpflichtungsgrund angegeben sei, als donandi animo eingegangen angesehen werden müsse; nur erlaube man Niemandem, darauf Rechte zu gründen, ohne es zu beweisen, namentlich also nicht dem Schuldner, sich ihr wegen Mangels der für Schenkungen vorgeschriebenen Formen zu entziehen.

Nur eine Ungültigkeit, welche in der That auf dem Mangel der causa beruht, sieht der C. N., wie schon oben bemerkt wurde, als Folge des Irrthums allerdings an. Es ist dies die Ungültigkeit des Vergleiches aus den in den Art. 2054, 2055, 2057 §. 2 bezeichneten Gründen. Und da heißt es denn auch in dem Art. 2052 §. 2 wirklich: (les transactions) „ne peuvent être attaquées *pour cause d'erreur de droit* ni pour cause de lésion". — Aber auch dieser Artikel wollte in seiner ursprünglichen Fassung die Anfechtung des Vergleichs wegen Mangels der cause bei Rechtsirrthum keineswegs ausschließen; seine gegenwärtige, kraft deren ihm dieser weitere Sinn allerdings beigelegt werden muß, hat er erst auf den Antrag der Gesetzgebungssection des Tribunats erhalten [52]).

52) In dem derselben von der Gesetzgebungssection des Staatsraths vorgelegten Entwurf lautete er folgendermaßen: (Les transactions) »ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur *dans la nature du droit litigieux* ni pour cause de lésion«. Es sollte durch ihn also gesagt sein, daß Niemand den Vergleich anfechten könne, weil er sich über den Inhalt des von ihm aufgegebenen Rechtes oder über den Werth des Gegenstandes desselben geirrt habe, mit anderen Worten nicht deswegen, weil er, aus dem einen oder dem anderen Grunde, zu wenig bekommen habe. Das erfordert die Natur des Vergleichs, welcher eben bestimmt ist, den Streit der Partheien durch eine gegenseitige Aufopferung zu beendigen. Das aber sollte durch jene Bestimmung keineswegs gesagt sein, daß, wenn der Vergleich auf den Grund eines irrig supponirten Rechtsverhältnisses, dessen Existenz Voraussetzung des ganzen Streites ist, abgeschlossen worden sei, er nur dann angefochten werden könne, wenn diese Existenz kraft eines Rechtsirrthums angenommen worden sei. Ein fernerer Artikel erklärte jeden Vergleich für anfechtbar, welcher »en exécution d'un titre nul« abgeschlossen worden sei, ohne irgendwie zu sagen, daß beim Rechtsirrthum diese Befugniß nicht zustehe. Es sollte daher z. B. der Testamentserbe, welcher zugleich Intestaterbe gewesen sein würde, den mit einem Legatar über ein zwischen ihnen streitiges Vermächtniß abgeschlos-

Außer dem Art. 2052 gibt es nur noch einen Artikel des C. N., in welchem von dem Rechtsirrthume geredet wird; es ist das der Art. 1356 §. 4. Auch in ihm wird geleugnet, daß man sich auf den Rechtsirrthum berufen dürfe. Aber er handelt nicht einmal von einem Rechtsgeschäfte, er wiederholt für das Geständniß nach Pothier[53]) die Regel des römischen Rech=

---

senen Vergleich anfechten können, wenn er sich hinterher von der Nichtigkeit des ganzen Testaments überzeugt habe, und zwar nicht bloß dann, wenn er einen ihm bisher unbekannten factischen Mangel desselben entdeckt habe, sondern auch dann, wenn er über einen Rechtsirrthum, welcher ihn bisher das Testament für gültig habe ansehen lassen, belehrt worden sei. — Die Bemerkungen der Gesetzgebungssection des Tribunats, auf welche hin der §. 2 des Art. 2052 seine jetzige Gestalt erhalten hat, lauten (disc. part. VI. p. 320) folgendermaßen: »La section propose de substituer à ces mots du 2. paragraphe »pour cause d'erreur dans la nature du droit litigieux« ceux-ci »pour cause d'erreur de droit«. L'expression du projet a paru trop abstracte et susceptible d'interprétation propre à faire naître des difficultés sérieuses sur l'étendue et les limites de son application. L'expression, qu'on propose de substituer, a été trouvée plus satisfaisante, en ce qu'elle est plus généralement usitée et que l'ancienneté de l'usage à fixé les idées sur son véritable sens«. Ich habe zuerst annehmen zu dürfen geglaubt, das Tribunat habe hier auch nur eine andere Fassung des Art. 2052 vorschlagen, den in demselben ausgedrückten Sinn unverändert wiedergeben wollen. Aber um das annehmen zu dürfen, müßte man nachweisen können, daß die ältere Jurisprudenz den Satz: „der Vergleich kann wegen Rechtsirrthums nicht angefochten werden", nicht in dem umfassenden Sinne verstanden habe, welchen er nach seinem Wortsinne wirklich hat, sondern in dem beschränkten, welcher durch die von dem projet gewählte Fassung bezeichnet wird; die Gesetzgebungssection beruft sich auf das bis dahin geltende Recht: (»l'ancienneté de l'usage a fixé les idées sur son vérit able sens«). Aber davon findet sich keine Spur. Also bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß die Section wirklich habe aussprechen wollen, der Vergleich könne wegen Rechtsirrthums nie angefochten werden, und daher zuzugeben, daß dieser Satz auch für den C. N. gelte.

53) Obligations n. 800.

tes: „non fatetur, qui errat, nisi ius ignoraverit"; welche Regel sich für das römische Recht daraus erklärt, daß nach demselben zur Entbindung von einem irrigen Geständnisse in integrum restitutio erforderlich war[54]).

Was im Speziellen die Frage angeht, ob nach dem C. N. wegen Rechtsirrthums die condictio indebiti zulässig sei, so ist in den besonderen Bestimmungen, welche er über dieselbe gibt, nichts enthalten, was uns bewegen könnte, in Betreff ihrer von der allgemeinen Regel abzugehen; in ihnen wird ausdrücklich Irrthum des Zurückfordernden über seine Verpflichtung überhaupt nicht verlangt[55]). Und wir dürfen uns

54) Savigny System III. Beilage VIII. Num. XIX.

55) Von der condictio indebiti handelt der C. N. in der Lehre von der Zahlung (Art. 1235) und in der Lehre von den Quasi-Contracten (Art. 1376. 1377).

Art. 1235 §. 1: „Tout paiement suppose une dette; ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition".

Art. 1376. „Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui, de qui il l'a indûment reçu".

Art. 1377 §. 1. „Lorsqu'une personne, qui par erreur se croyait debitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier".

Der Art. 1376 handelt von dem Falle, wo Jemand gezahlt hat, was der Empfänger gar nicht zu fordern hatte, der Art. 1377 von dem Fall, wo er gezahlt hat, was der Empfänger von einem Andern zu fordern hatte. (Im projet [III. 3. Art. 11] lautete er: „Celui qui a reçu ce qui lui était véritablement dû, mais des mains de celui, qui n'en était pas le debiteur, ..est obligé de restituer..".) Nur in letzterem Falle wird Irrthum des Zahlenden verlangt; und man könnte daher auf den Gedanken kommen, daß der C. N. für den ersteren Fall irgend ein allgemeineres, Irrthum des Zahlenden überhaupt nicht voraussetzendes, Klagerecht habe sanctioniren wollen. Doch wäre ein solches so monströs, daß uns jede Erklärung willkommen sein muß, welche uns der Nothwendigkeit entbindet, es anzunehmen. Und eine solche liegt sogar sehr nahe Der Art. 1377 will das

sogar für berechtigt halten, diesem Schweigen des C. N. eine positive Bedeutung beizulegen. Denn die Frage, ob wegen Rechtsirrthums die condictio indebiti angestellt werden könne, oder nicht, war in der älteren französischen Jurisprudenz eben so wie noch jetzt bestritten, in der römischen, und Pothier [56]), die unmittelbare Quelle des C. N. in den Art. 1376 und 1377, behandelt diese Controverse weitläufig. Muß man da nicht annehmen, daß die Redactoren sie dadurch, daß sie den Rechtsirrthum nicht ausschloßen, haben enscheiden wollen?

Die neuere französische Jurisprudenz legt fast einstimmig dem Rechtsirrthum dieselbe Bedeutung bei, wie dem factischen; so namentlich Toullier [57]), Duranton [58]), Boi-

---

Rückforderungsrecht nicht für den Fall ausschließen, wo der Zahlende, wissend, daß er nicht Schuldner sei, gezahlt hat, sondern für den Fall, wo er für den wahren Schuldner gezahlt hat. Daß er in dem ersteren Falle kein Rückforderungsrecht habe, setzt er voraus in derselben Weise, wie die Art. 1376 und 1235.

In dem Falle aber nun, wo derjenige, welchem ich gezahlt habe, wirklich das Gezahlte zu fordern hatte, nur nicht von mir, soll ich nach §. 2 des Art. 1235 kein Rückforderungsrecht haben, wenn der Gläubiger in Folge meiner Zahlung den Titel seiner Schuldforderung vernichtet hat, er also durch meine Rückforderung Schaden erleiden würde. Für diesen Schaden kann ich aber nach allgemeinen Grundsätzen nur dann einzustehen angehalten werden, wenn ich ihn verschuldet habe, und es wird daher hier allerdings ein Unterschied zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum gemacht werden müssen. Aber man bemerke wohl, die Nichtentschuldbarkeit meines Irrthums hat hier nicht die Wirkung, daß ein Rückforderungsrecht für mich gar nicht entstände, sondern die, daß ich das wirklich begründete, um den Gläubiger nicht in Schaden zu bringen, welchen ich ersetzen müßte, nicht ausüben kann. Ich muß mich jetzt an den durch mich liberirten Schuldner halten.

56) Traité du prêt n. 161.

57) VI. n. 58—75.

58) X. n. 127—129. Toullier und Duranton behaupten außer

leux[59]) und Zachariä[60]). Anderer Meinung ist Stabel[61]), der sich aber zum Theil durch Vorschriften, welche

---

den Ausnahmen der Art. 1356 und 2052 noch eine andere. Wenn in Folge einer Verbindlichkeit, welche wenigstens als naturalis obligatio wirklich existire, geleistet worden sei, so könne der Leistende sich nicht auf den Rechtsirrthum, d. h. nicht darauf berufen, daß er die Verbindlichkeit irrig für eine vollkommene gehalten habe. Der Satz selbst unterliegt keinem Zweifel, ist aber keine Ausnahme von der Regel, daß Rechtsirrthum helfe. Denn in dem angegebenen Falle ist der Leistende deswegen an seine Leistung gebunden, weil sie nicht sine causa ist. In einer ganz seltsamen Weise stellt Toullier diesen Satz dar. Wer sich auf Rechtsirrthum beruft, sagt er, muß auch beweisen, daß er nur wegen seines Rechtsirrthums geleistet habe. Diesen Beweis kann er aber nie führen, wenn wenigstens eine naturalis obligatio vorliegt; denn dann ist es möglich, daß er nur diese habe erfüllen wollen, und im Zweifel muß dieses Letztere angenommen werden: in dubio error nocet erranti. — An den Ausnahmen der Art. 1356 und 2052 finden Toullier und Duranton nichts Auffälliges; aber ihre Rechtfertigung derselben scheint mir nicht wohl gelungen. Was den Art. 2052 angeht, so sagen sie, es liege in der Natur des Vergleichs, daß keine Parthei ihn anfechten könne, weil sie zu wenig bekommen habe. Aber damit ist auch nur die ursprüngliche Bestimmung des projet, nicht die jetzige des C. N. gerechtfertigt. Daß das Geständniß wegen Rechtsirrthums nicht zurückgenommen werden könne, glaubt Toullier deswegen der Natur der Sache gemäß, weil nie bewiesen werden könne, daß es einzig wegen des Rechtsirrthums gemacht worden sei. Z. B. sagt er, wenn Jemand, der weiß, daß seine Schuld verjährt sei, gesteht schuldig zu sein, so ist es doch möglich, daß er den Willen gehabt habe, trotz der Verjährung zu zahlen. Aber wird denn immer neben der vollkommenen Verbindlichkeit, deren Existenz der Kläger irrig angenommen zu haben behauptet, eine unvollkommene wirklich vorhanden sein? Duranton will sogar die Unanfechtbarkeit des Geständnisses wegen Rechtsirrthums durch folgende Ausführung begründen. Wenn ich auf Bezahlung einer Lieferung nach Ablauf von 6 Monaten belangt werde, und ich, das Gesetz nicht kennend, wornach

59) 60) und 61) s. auf der folgenden Seite.

dem badischen Gesetzbuche eigenthümlich sind, bestimmen läßt. Die Codes français annotés [62]) wollen die Entscheidung im einzelnen Falle dem Ermessen des Richters überlassen. Was die Praxis angeht, so finde ich bei Sirey kein Urtheil verzeichnet, in welchem dem Rechtsirrthume die Wirkung abgesprochen würde; ausdrücklich zuerkannt wird sie ihm in folgenden Urtheilen: Cass. 24. Januar 1827 (S. XXVII. 1. 350), Metz 28. November 1817 (S. XIX. 2. 142), Toulouse 19. Januar 1824 (S. XXIV. 2. 115), Besançon 1. März 1827 (S. XXVII. 1. 141), Grenoble 24. Juli 1830 (S. XXXI. 2. 95), Limoges 8. December 1837 (S. XXXIX. 2. 27). Auch der Rh. A. G. H. hat am 6. April 1836 (Archiv XXIII. 1. 144) und vom 7. December 1837 (Archiv XXVI. 1. 208) in Betreff der condictio indebiti in gleichem Sinne entschieden.

---

jetzt für mich die Präsumtion spricht, daß ich gezahlt habe, gestehe schuldig zu sein, so kann ich mein Geständniß nicht zurücknehmen; denn dasselbe hat nur die Präsumtion zerstört, welche für mich sprach. Als wenn der Rechtsirrthum bei einem Geständnisse nie eine andere Wirkung haben könnte, als die, daß er den Gestehenden bewegt, das zu gestehen, was er wirklich schuldig ist. Man muß bekennen, das heißt sich die Beweisführung leicht machen.

59) II. p. 474.

60) I. §. 28, II. §. 442 Note 5.

61) §. 68.

62) Zu Art. 1110 n. 11.

IX.

Ueber den Begriff des Vertrags nach dem Code Napoleon.

I.

Der Vertrag ist eine Uebereinkunft zweier oder mehrerer Personen zu dem Ende, daß in ihrer rechtlichen Lage Aenderungen eintreten, daß — für einen oder für jeden der Contrahenten — neue Rechte entstehen, oder daß die Rechte, welche sie haben, aufgehoben oder modificirt werden sollen.

Der Vertrag findet seine Anwendung, wie im öffentlichen, so in jedem Gebiete des Privatrechtes, sowohl im Familienrechte als im Vermögensrechte. In letzterem wieder kann er entweder ein dingliches Recht, ein Recht einer Person an einer Sache, oder ein obligatorisches, ein Recht einer Person an einer Person, zum Gegenstande haben.

Die vorliegende Untersuchung hat es sich zur Aufgabe gesetzt, festzustellen, wie sich der Begriff des Vertrages in der Auffassung des C. N. gestaltet hat.

Der aber steht hier so wenig, wie in den meisten anderen Punkten, auf eigenen Füßen, sondern gibt nur die Auffassung der Jurisprudenz seiner Zeit wieder.

II.

Schon Ulpian, in der bekannten Stelle, in welcher er die Worte pactio, conventio definirt, denkt, so allgemein die Definition auch lautet, nur an den obligatorischen Vertrag [1]. Die ältere französische Jurisprudenz aber kannte keine anderen Verträge, als solche, wodurch „obligations“ begründet werden.

Am prägnantesten wird dies von dem Verfasser des Artikels „convention“ in Merlin's Répertoire ausgesprochen. Um den Begriff der convention von dem der obligation zu scheiden, sagt er: „L'obligation est un devoir, auquel on ne peut se soustraire; la loi l'appelle un lien de droit, vinculum iuris. L'obligation peut dériver d'une infinité de causes; il naît une obligation de toute convention. Ainsi lorsque on désigne une convention par le terme d'obligation, on prend l'effet pour la cause, ce qui n'est point impropre, lorsque, comme ici, l'un est inséparable de l'autre“. Und einige Zeilen weiter: „Partout où il y a convention, il y a engagement, et de toute convention il sort une obligation“.

Ebenso definirt Ferrieres in seinem dictionnaire de droit die convention (s. h. v.) als: „le consentement de deux ou de plusieurs personnes sur une même chose dans la vue de contracter une obligation“.

---

1) L. 1 §. 2. 3. 4 D. de pactis. »Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. §. 3. Conventionis nomen generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt... Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. §. 4. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt, veluti in emptionem, in locationem, in pignus, vel in stipulationem.

Pothier[2]) gibt mit Berufung auf Domat dessen Definition wieder: dieser aber hat seine Definition aus l. 1 §. 2. 3 D. de pactis geschöpft. „Ce mot de convention", sagt er, „est un mot général, qui comprend toutes sortes de contracts, traités et de pactes de toute nature". Sodann: „La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre eux quelque engagement, ou pour en résoudre un précedent, ou pour y changer"[3]). Gleicher Weise heißt es an einer andern Stelle[4]): „Les conventions sont les engagemens, qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes, qui se font entre eux une loi d'exécuter ce qu'ils se promettent".

Jedoch sind in dieser Auffassung der dingliche und der familienrechtliche Vertrag nicht sowohl ignorirt, als mit dem obligatorischen zusammengeworfen.

Die Grundanschauung, von welcher ausgegangen wird, ist diese. Das Wesen des Vertrags besteht darin, daß eine der contrahirenden Personen der andern verpflichtet wird. Nun wird aber eine Person der andern nicht bloß dadurch verpflichtet, daß sie ihr für eine ihr verkaufte Sache 100 zu leisten verspricht, sondern auch dadurch, daß sie ihr den Nießbrauch an ihrem Grundstücke bestellt, oder daß sie eine Ehe mit ihr eingeht. Im letzten Falle besteht ihre Verpflichtung darin, Alles das zu erfüllen, was das Gesetz von einem Ehegatten verlangt, im ersteren darin, dem anderen Contrahenten das Grundstück zu überliefern und ihm die Ausübung aller der Befugnisse zu gestatten, welche den Inhalt des Nießbrauchsrechts bilden. Nur sind diese Verpflichtungen

2) Obligations n. 3.
3) I. liv. 1 tit. 1 sect. 1 n. 1. 2.
4) I. liv. 1 préamb.

allerdings etwas ganz Anderes als dasjenige, was im römischen Rechte obligatio genannt wird, rechtliche Verpflichtungen im allgemeinsten Sinne des Wortes, deren Natur durch die Benennung „obligations, engagemens“ nicht im Mindesten näher bezeichnet wird. Und das ist eben der Fehler dieser Auffassung, daß sie nur auf die äußerliche Wirkung des Vertrags Rücksicht nimmt, während sie die causa proxima dieser Wirkungen, dasjenige, wodurch der Vertrag erst seine individuelle Bestimmtheit erhält, ignorirt.

Am deutlichsten zeigt sich diese Auffassung bei dem systematischen Zusammenhang anstrebenden Domat, wenigstens was die vermögensrechtlichen Verträge angeht; denn von den familienrechtlichen handelt er, dem Plane seines Buches gemäß, nicht. Er spricht von dem Nießbrauchs-, Gebrauchs- und Wohnungsrechte, so wie von den Praedialservituten (servitudes) mitten unter den obligatorischen Verträgen, zwischen Kauf, Miethe, Darlehn, Vergleich, Bevollmächtigung 2c. 2c.; er nennt den ususfructus „une espece de convention“, — obgleich auf der andern Seite doch wieder anerkennend, daß er nicht bloß durch Verträge begründet wird. Die Weise aber, in welcher er diese Rechte abhandelt, ist die, daß er nach Angabe ihres Inhalts die Frage aufwirft: Welche engagemens werden durch sie erzeugt? Und da erscheint denn als erstes engagement des Eigenthümers des dienenden Grundstücks, bei den persönlichen Servituten die Verpflichtung, die Sache zu überliefern und den Genuß derselben zu gestatten, bei den Prädialservituten, die Ausübung derselben sich gefallen zu lassen [5]).

Ebenso ist der Abschnitt, in welchem er von den Rechten

---

5) I liv. 1 tit. 11 sect. 5 n. 1, I. liv. 1 tit. 12 sect. 4 n. 1.

des Pfandgläubigers handelt[6]), überschrieben: „Des effets de l'hypothèque et des engagemens, qu'elle forme de la part du debiteur“. Die Rechte des Pfandgläubigers werden als Verpflichtungen des Pfandschuldners aufgefaßt.

Auch die Uebereinkunft, wodurch das Eigenthum an einer Sache übertragen wird, muß, vorausgesetzt daß das positive Recht, um welches es sich handelt, das Eigenthum schon durch die bloße Uebereinkunft, ohne Tradition, übergehen läßt, dieser Auffassung als Vertrag, als convention, erscheinen. Denn durch sie wird der bisherige Eigenthümer verpflichtet, die Sache auszuliefern. Verlangt hingegen das positive Recht zum Eigenthumsübergange auch Tradition, — und das that das französische Recht vor dem Code Napoleon, — so ist jene Uebereinkunft ohne Tradition wirkungslos, mit derselben aber verbunden oder, wie es gewöhnlich geschieht, durch dieselbe ausgedrückt, nach der hier dargestellten Auffassung kein Vertrag. Denn welche Verpflichtung entstände durch sie? Freilich könnte man sagen, es entstehe durch sie für den Tradenten die Verpflichtung, die tradirte Sache nicht mehr als die eigene in Anspruch zu nehmen, das Eigenthum desjenigen, welchem sie tradirt worden ist, anzuerkennen, gerade in derselben Weise, wie für den Besteller einer Servitut die Verpflichtung entsteht, die Berechtigung dessen, dem sie bestellt worden ist, anzuerkennen. Aber es ist zwischen beiden Fällen ein großer Unterschied, nicht für die juristische Auffassung, aber doch für die unmittelbare, nicht reflectirende, — und auf deren Gebiet einzig bewegen wir uns hier. Denn wer eine Servitut oder auch ein Pfandrecht an einer Sache bestellt hat, ist Eigenthümer derselben geblieben, und könnte als solcher thun, dürfte als solcher verbieten, was er nun kraft des be-

6) I. liv. 3 tit. 1 sect. 3.

stellten Rechts nicht thun, nicht verbieten darf. Derjenige dagegen, welcher durch Tradition das Eigenthum seiner Sache auf einen Andern übertragen hat, hat an derselben gar kein Recht mehr, das Recht des Andern kann daher auch nicht als eine Beschränkung seines Rechts, d. h. als eine Verpflichtung auf seiner Seite, erscheinen[7]).

Und so findet sich denn auch keine Spur davon, daß in der Lehre von der Erfüllung der Verbindlichkeiten (du payement) Domat die Tradition als Vertrag aufgefaßt habe.

Anders dagegen in der Lehre von der Schenkung. Hier fand er einmal im römischen Rechte ausdrücklich bemerkt, daß durch die Schenkung (die traditio animo donandi) dem Beschenkten nicht anders Eigenthum erworben werde, als wenn er von derselben erfahren und sie angenommen habe[9]), sodann in der gleichfalls von ihm citirten l. 7 C. quae vi metusve die Schenkung als contractus bezeichnet[10]). Daher ist ihm die Schenkung unter Lebenden ein Vertrag, une convention, und er findet gerade in dieser ihrer Eigenschaft dasjenige, was sie von der Schenkung auf Todesfall, welche er den testamentarischen Verfügungen gleich stellt, unterscheide. Als Vertrag aber muß die Schenkung ein engagement erzeugen, wie sie denn auch mitten unter den obligatorischen Ver-

---

7) Wenn durch die bloße Uebereinkunft Eigenthum übergeht, so hat derjenige, welcher das Eigenthum seiner Sache nicht durch Tradition übertragen hat, an derselben zwar auch kein Recht mehr, aber er steht zu derselben doch noch in einem factischen Verhältnisse, und die Ausübung des dem Andern übertragenen Rechts ist diesem nicht möglich ohne eine neue Willensbestimmung des Uebertragenden.

8) I. liv. 4 tit. 1.

9) L. 19 §. 2 D. de donatt.

10) Uebrigens ist in derselben nur vom Schenkungsversprechen die Rede... „cujusque alius *obligationis* contractum“.

trägen, vor den Servituten, abgehandelt wird. Und hier tritt denn nun als erste Verpflichtung des Schenkers wirklich die auf, die Schenkung nicht zu revociren [11]). Indem Domat dann als zweites engagement des Schenkers die Verpflichtung bezeichnet, die geschenkte Sache zu überliefern, ist er ganz in den Kreis des Schenkungsversprechens eingetreten.

III.

Ganz dieselbe Auffassung finden wir nun auch im C. N. wieder. Der Vertrag ist ihm die Uebereinkunft zweier oder mehrerer Personen, wodurch eine der andern verpflichtet wird.

Art. 1101. Le contrat est une convention, par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Zwar scheint es, als wenn dieser Definition gerade der allgemeine Begriff des Vertrages — convention — zu Grunde liege, und der obligatorische — contrat — nur als einzelne Art desselben aufgefaßt werde. Aber dem ist nicht so. Die Definition ist aus Pothier genommen [12]), und der bezeichnet zwar den contrat als eine „espèce de convention", aber als diejenige Art, „qui a pour effet de *former* quelque engage-

---

11) In der ersten Section des von der Schenkung handelnden Titels (I. 1. 10.) heißt es in n. 1 ganz richtig: „La donation entre-vifs est un contrat, qui se fait par un consentement réciproque entre le donateur, qui se dépouille de ce qu'il donne pour le transmettre gratuitement au donataire, et le donataire, qui accepte et acquiert ce qui lui est donné". Aber in der zweiten Section wird dann sogleich wieder die Frage aufgeworfen: welche engagemens erzeugt die Schenkung? und da heißt es denn zuerst (n. 1): „Le prémier engagement est de ne pouvoir anuller la donation, quand il a une fois donné son consentement".

12) Maleville zu Art. 1101.

ment“, während der allgemeine Begriff der convention nach ihm ist: „le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier“ [13]).

Daß nun der C. N. in dieser Definition die Verträge des Familienrechtes mit habe umfassen wollen, ist nicht zu behaupten; es spricht dagegen, daß er in dem ganzen Buche, in welchem sich der Art. 1101 findet, nur von dem Vermögensrechte, also auch nur von den vermögensrechtlichen Verträgen, handele. Von der andern Seite aber findet sich in ihm auch nirgends eine Spur einer umfassenderen Definition des Vertrages, und wenn man nun sieht, wie wenig er das Wesen des dinglichen Vertrages erkannt hat, so wird man die Behauptung nicht zu kühn finden, daß er, wenn er sich die Frage gestellt hätte, warum denn die Ehe ein Vertrag sei, sich keine andere Antwort zu geben gewußt haben würde, als die bekannte: weil die Ehegatten dadurch Verpflichtungen eingehen.

Der dingliche Vertrag aber ist in jener Definition geradezu mitumfaßt.

Die Bestellung einer Servitut und einer Hypothek ist dem C. N. ein Vertrag, wodurch Obligationen begründet werden. Diese Rechte gewähren in seiner Auffassung nicht sowohl ein Stück des Eigenthums, als das Recht, von dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks etwas zu fordern.

Wenigstens bei den Prädialservituten (servitudes) und der Hypothek ist diese Auffassung unzweifelhaft.

Schon die Definition, welche der Art. 637 von der servitude gibt: „une servitude est *une charge* imposée sur un héritage appartenant à un autre propriétaire“ — deutet

13) Obligations n. 3.

darauf hin; von einer Eigenthumsbeschränkung ist hier nicht die Rede. Und sogleich heißt es im Art. 639 weiter: „elle dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des *obligations* imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires“; und im Art. 651 unter der Ueberschrift: „des servitudes établies par la loi“: „la loi assujettit les propriétaires à différentes *obligations* l'un à l'égard de l'autre indépendamment de toute convention“. Der Art. 1370 aber bezeichnet eine Klasse dieser gesetzlichen Servituten, die auf dem Nachbarverhältniß beruhenden, geradezu als „engagemens, qui se forment sans convention“, und stellt sie der Verpflichtung, eine deferirte Vormundschaft anzunehmen, ganz gleich [14].

Die Hypothek gibt nach der Auffassung des C. N. dem Berechtigten kein vom Eigenthume losgelöstes Recht. Nicht das ius alienandi; er hat es, aber nicht als Hypothekinhaber, sondern wie jeder andere Gläubiger, und kann daher die Sache auch nur, wie dieser, im gewöhnlichen Executionswege zur gerichtlichen Versteigerung bringen. Auch nicht das ius possidendi; er kann zwar sein Pfandrecht gegen jeden dritten Besitzer der verpfändeten Sache geltend machen (Art. 2166), — und insofern nennt es der Art. 2114 ein droit réel — aber nicht, weil er ein Recht an der Sache hätte, sondern weil dieser Dritte durch den Erwerb des Eigenthums an derselben eine persönliche Schuld gegen ihn contrahirt hat, für deren Deckung er mit dieser Sache einsteht. Die Hypothek

---

14) Deswegen trägt der C. N. denn auch gar kein Bedenken, Verpflichtungen zu positiven Leistungen als Servituten zu behandeln; s. g. servitutes in faciendo nennt er in großer Anzahl mitten unter solchen, deren Gegenstand ein Nichtthun oder Leiden ist.

ist nach der Auffassung des C. N. eine rei obligatio in dem Sinne, daß das verpfändete Grundstück Schuldner des Gläubigers wird. Art. 2114. „L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation". Daher hat der Gläubiger das Recht, aus seinem Kaufpreise sich vor andern Gläubigern befriedigt zu machen. Kommt es in andere Hände, so hört es nicht auf, demselben zu haften, es überträgt vielmehr die auf ihm haftende Verpflichtung auf den neuen Eigenthümer; dieser ist „*obligé* comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires et jouit des termes et délais accordés au debiteur originaire" (Art. 2167). Erst wenn er sich zu zahlen weigert, kann nun die Sache — im gewöhnlichen Executionswege — zur Versteigerung gebracht werden. Während im römischen Rechte, wo die Hypothek wirklich ein ius in re gibt, das Verkaufsrecht des Gläubigers das Principale ist, dessen Befriedigung aber nur ein dem Drittbesitzer freistehendes Mittel, um den Verkauf abzuwenden.

Beim Nießbrauch tritt diese obligatorische Auffassung im Einzelnen nicht hervor. Aber sie thut es auch nicht in den näheren Bestimmungen, welche der C. N. über diejenigen Prädialservituten gibt, welche „par le fait de l'homme", durch Titel oder Verjährung, entstehen; denn hier, wie dort, hat er das römische Recht copirt. Und das Ausgeführte zeigt zu deutlich, wie wenig der C. N. da, wo er auf eigenen Füßen steht, den Begriff des ius in re festzuhalten weiß, als daß man nicht sich zu der Annahme für berechtigt halten dürfte, daß er auch den den Nießbrauch begründenden Vertrag nur als ein Rechtsgeschäft aufgefaßt habe, wodurch gewisse Verpflichtungen begründet werden.

IV.

Ich gehe zu dem Vertrage über, dessen Gegenstand die Uebertragung von Eigenthum ist.

Der C. N. stellt, abweichend vom römischen und altfranzösischen Rechte, den Satz auf, daß das Eigenthum durch die bloße Uebereinkunft der Partheien, auch ohne Tradition, übergehe [15]). Diese Uebereinkunft faßt er als Vertrag auf, wodurch „obligations, engagemens" entstehen.

Ich will zuerst von der Eigenthumsübertragung donandi animo reden, an welche der C. N. in der Lehre von der Schenkung allein denkt.

Die Schenkung ist dem C. N. ein Vertrag. „La donation entre-vifs", hieß es im projet [16]), „est un contrat, par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement en faveur du donataire." Das Wort „contrat" ist nun zwar in dem entsprechenden Artikel des C. N. (894) mit dem Worte „acte" vertauscht worden. Aber man strich es nur, weil man seltsamer Weise der Bemerkung Napoleons Gehör gab, daß man contrat nur den Vertrag nennen könne, welcher beiden Theilen Leistungen auferlege, setzte aber dafür, um die Bezeichnung der Handlung als eines Vertrags auf-

15) Jedoch ist bei beweglichen Sachen der Erwerber dritten Personen gegenüber nur in sofern geschützt, als er Besitz erlangt hat, nach der Regel: „en fait de meubles possession vaut titre". Diese Regel gibt der Art. 1141 in Anwendung auf den Fall wieder, wo Zweien nacheinander das Eigenthum übertragen worden ist, mit der Modification jedoch, daß dem zweiten Erwerber sein Besitz nur helfen soll, wenn er von der ersten Tradition nichts gewußt hat. S. die Bemerkungen der Gesetzgebungssection des Tribunats und des Regierungscommissars im gesetzgebenden Körper zu Art. 1141 (disc. part. V. p. 25, publ. V. p. 18).

16) III. 9. Art. 2.

recht zu erhalten, am Ende des Artikels die Worte „qui accepte“ hinzu.

Dieser contrat aber wird von allen andern contrats, d. h. den eigentlich obligatorischen Verträgen nicht unterschieden. Zu Art. 1103, in welchem der contrat de bienfaisance im Gegensatz des contrat à titre onéreux (Art. 1106) definirt wird, bemerkt Maleville, einer der Redactoren, in seinem Commentar: „Ceci regarde les donations“. In dem projet der Redactoren eröffnet die Schenkung, nachdem die Sicherungsverträge abgehandelt sind, die Reihe der einzelnen contrats, worauf zuerst der Heirathsvertrag, sodann Kauf, Miethe rc. folgen. Diese Stellung hat zwar die Schenkung im C. N. nicht mehr; aber es ist das nur eine Folge der engen Verbindung, in welche die Redactoren sie mit den Testamenten gebracht hatten. Kraft derselben wurde im projet auch von den Testamenten unter den Contracten gesprochen und dagegen opponirte sich der Appellhof von Paris: „C'est la première fois, qu'on aura vu les testamens rangés dans le traité des contrats“. Deswegen wurde die Lehre von den Testamenten gleich hinter die von der Intestaterbfolge eingerückt, und die Testamente zogen nun ihrerseits die Schenkungen mit sich.

Um sich zu überzeugen, wie unverändert man fortwährend trotz dieser veränderten Stellung die Schenkung als obligatorischen Vertrag aufgefaßt hat, braucht man nur folgende Stelle aus der Rede zu lesen, womit Bigot, einer der Redactoren, den Titel des donations entre-vifs et des testamens dem gesetzgebenden Körper vorgelegt hat. „Quoique une donation“, sagt er, „soit toujours, indépendamment des conditions, qui y peuvent être mises, regardée comme un avantage au profit du donataire, il suffit cependant, que ce soit de la part de ce dernier un engagement, pour que la

capacité de contracter ou les formalités, qui y suppléent, soient réquises"[17]).

Also selbst für den Beschenkten entsteht durch die Schenkung ein engagement! Und dieselbe Auffassung liegt der Bemerkung zu Grunde, welche der Berichterstatter des Tribunats über denselben Punkt gemacht hat: „L'acceptation, qui ne *lierait* pas le donataire, ne saurait engager le donateur"[18]).

V.

Auch der Vertrag, wodurch Jemand für eine Gegenleistung, welche er bekommt oder welche ihm versprochen wird, Eigenthum überträgt, erzeugt nach dem C. N. eine obligation, die obligation de livrer la chose. Nur wenn man diese Auffassung festhält, ist eine Einsicht in den wahren Sinn des Art. 1138 möglich. Derselbe findet sich unter den allgemeinen Vorschriften für die durch Vertrag begründeten Obligationen, in dem Kapitel, welches handelt „de l'obligation de donner" (im Verfolg wird sodann von der „obligation de faire ou de ne pas faire" gesprochen). In demselben heißt es zuerst: „l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu' à la livraison (Art. 1136), sodann aber im

Art. 1138. „L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant, où elle a du être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier".

Wenn man diesen Artikel zuerst liest, so glaubt man

17) Disc. publ. IV. p. 292. 293.

18) Disc. publ. IV. p. 343. Vergl. oben S. 221.

kaum seinen Augen trauen zu dürfen. Die bloße Uebernahme der Verpflichtung, eine Sache zu geben, auszuliefern, macht den Gläubiger zum Eigenthümer?!

Und derselbe Satz wird an einer andern Stelle wiederholt. Der Art. 711 nennt als Erwerbungsarten des Eigenthums: „succession, donation entre-vifs ou testamentaire, l'effet des obligations". Auch dadurch soll nicht etwa gesagt werden, daß das Eigenthum durch ein in Folge der obligation Eintretendes, nein, daß es durch die obligation selbst erworben werde. Als Cambaceres bei der Discussion dieses Artikels im Staatsrathe fragte, warum nicht auch die Tradition als Erwerbungsart des Eigenthums genannt sei, antwortete Tronchet, einer der Redactoren, daß dieselbe nur sei „le mode d'exécution d'un engagement". Also das Eigenthum geht schon durch das engagement über. Und in gleichem Sinne verwies ihn Treilhard (Mitglied der Gesetzgebungssection des Staatsrathes) auf den Titel „des effets des obligations", näher also auf den jetzigen Art. 1138 [19]).

Der wahre Sinn dieses letzteren ergibt sich aber durch eine nähere Betrachtung der Artikel, welche im projet ihn erläutern. Durch sie lernt man, wie in der Note näher gezeigt ist, daß die Redactoren beim Art. 1138, so allgemein sie sich auch ausdrücken, doch nur an einen ganz einzelnen Vertrag, den Kaufvertrag, gedacht haben [20]). In dem

---

19) Disc. part. IV. p. 1.

20) Im projet entsprechen den jetzigen Art. 1140 und 1141 folgende zwei, auf den jetzigen Art. 1138 unmittelbar folgende, ihn erläuternde:

III. 2 Art. 38. Dès l'instant, que le propriétaire a contracté par un acte authentique l'obligation de donner ou livrer un immeuble, il en est exproprié; l'immeuble ne peut plus être saisi sur lui par ses créanciers; l'aliénation, qu'il

Kaufvertrage aber finden sie, abweichend von dem römischen Rechte, nicht bloß die Uebernahme der Verpflichtung, dem Käufer den Genuß des Eigenthums an der Sache, welche den Gegenstand des Vertrages bildet, zu verschaffen, sondern geradezu die von der andern Seite acceptirte Erklärung des Eigenthümers, daß das Eigenthum seiner Sache auf den Käufer übergehen solle [21]. Daß nun dadurch, durch den

en fait postérieurement et nulle, et la tradition, qu'il en aurait pu faire à un second acquéreur, ne donne aucune préférence à celui-ci, lequel est obligé de restituer l'immeuble à celui, dont le titre est antérieur, sauf le recours du second acquéreur contre le *vendeur*, ainsi qu'il est dit au titre du contrat de vente".

Art. 39. „Néanmoins, si la chose alienée à deux personnes successivement est purement mobilière, celui des deux acquéreurs, qui en a été mis en possession réelle, est préfére, et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois, qu'il ait acquis de bonne foi".

Man beachte namentlich die Schlußworte des Art. 38. Und auch die Ausdrücke acquérir, aliéner bezog wenigstens die Gesetzgebungssection des Tribunats nur auf den Kauf; sie schlug die jetzige Fassung des Art. 1141 vor, damit seine Bestimmungen alle Obligationen umfasse. (Disc. part. V. p. 25.)

Der Art. 38 des projet ist von der Gesetzgebungssection des Staatsraths so umgeändert worden, wie man ihn jetzt liest. Man wollte damals noch die Discussion der Frage vermeiden, ob nicht zum Erwerbe des Eigenthums an einem Grundstücke Dritten gegenüber Transscription des Erwerbtitels erforderlich sei. In dem Art. 1583 „la vente est parfaite *entre les parties* et la propriété est acquise de droit à l'acheteur *à l'égard du vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix" hat die Commission ihre Ansicht, daß sie erforderlich sei, durchblicken lassen, ohne Widerspruch zu erfahren; aber bei der Discussion des Titels »des hypothèques« ist dieselbe ausdrücklich verworfen worden. Vergl. Abhandlung III. Note 80.

21) Zwar wird der Kaufvertrag im Art. 1582 definirt als eine »convention, par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, l'autre à la payer«; aber diese Definition ist mehr eine Reminiscenz an

bloßen (dinglichen) Vertrag, auch ohne Tradition, Eigenthum übergehe, das ist der Satz, welchen sie im Art. 1138 ausdrücken wollen, und welchen sie, ihrer Auffassung des dinglichen Ver-

das römische Recht, als die Auffassung der Redactoren wiedergebend. Ihnen ist der Kaufvertrag ein Vertrag, wodurch Jemand gegen eine Geldsumme Eigenthum an einen Andern überträgt, und dadurch denn auch verpflichtet wird, die Sache zu überliefern. Nur daraus erklärt sich der Art. 1599: »La vente de la chose d'autrui est nulle«. »Il est ridicule, de vendre la chose d'autrui«, sagte Tronchet im Staatsrath (disc. part. VI. p. 14), und der Berichterstatter des Tribunats im gesetzgebenden Körper drückte sich so aus: „Son unique but doit être la transmission d'une propriété: or la vente d'une chose, qui n'appartient pas au vendeur..., ne peut être le germe d'une transmission de propriété (disc. publ. VI. p. 92). Vergl. Abh. III. Note 34. Noch bezeichnender aber sind die Aeußerungen des Berichterstatters der Gesetzgebungssection des Tribunats: „C'est au propriétaire même à vendre la chose si bon lui semble. Mais pour celui, qui ne l'est pas, la seule obligation, dont l'exécution dépende de lui, consistant dans les dommages et intérêts, c'est par une pure subtilité, qu'on l'appelle vendeur. Car si le même jour, où celui-ci vend, le véritable propriétaire vendait, il faudrait donc dire, qu'il y a deux ventes, ce qui serait absurde« (ib. VI. p. 53. 54). Ja, was Portalis als Redner der Regierung im gesetzgebenden Körper zur Empfehlung des Satzes, daß der Kaufvertrag Eigenthum auch ohne Tradition übertrage, gesagt hat, ist kaum, oder geradezu nicht, anders zu verstehen, als daß im römischen Recht, wo dieser Satz nicht gegolten habe, der bloße Vertrag ohne alle Wirkung gewesen sei. »Dans les principes de notre droit français«, sagt er, »le contrat suffit, et ces principes sont à la fois plus conformes à la raison et plus favorables à la société. Distinguons le contrat lui-même d'avec son exécution. Le contrat en lui-même est formé par la volonté des contractans. L'exécution suppose le contrat, mais elle n'est pas le contrat même. *On est libre de prendre, ou de ne pas prendre un engagement, mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter, quand on l'a pris.* Le prémier devoir de toute personne, qui s'engage, est d'observer les pactes, qu'elle a consentis et d'être fidèle à la foi promise. Dans la vente la délivrance de la chose vendue et le paiement du prix sont les actes, qui viennent en exécution du contrat,

trages gemäß, durch die Worte ausdrücken: „l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire“, — sobald die obligation de livrer la chose (= dinglicher Vertrag) vorhanden ist, ist der andere Contrahent Eigenthümer geworden.

Man sieht, die Redactoren haben dabei vergessen, daß die obligation de livrer la chose auch noch durch Verträge anderer Art, durch Verträge, wodurch eine Sache nicht gegeben, sondern nur die Verpflichtung, sie zu geben, übernommen wird, begründet werden könne. Aber im einzelnen Falle drängt sich ihnen das von selbst in's Bewußtsein und sie sind weit davon entfernt, dem bloßen Versprechen, Eigenthum zu übertragen, die Wirkung beizulegen, daß Eigenthum dadurch übergehe. So heißt es im Art. 1867: „Lorsqu'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés... Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose, dont la propriété a déjà été apportée à la société“. Ferner setzt der C. N. als sich von selbst verstehend voraus, daß es obligations de donner gebe, durch welche der Gläubiger nicht unmittelbar Eigenthümer wird, wenn er im Art. 1238 vorschreibt: „Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement et capable de l'aliéner“ — und im Art. 1303: „Lorsque la chose est perie, mise hors du commerce ou perdue sans la faute du

---

qui en sont une conséquence necessaire, qui en dérivent comme l'effet dérive de sa cause et qui ne doivent pas être confondus avec le contrat. L'engagement est consommé dès que la foi est donnée; *il serait absurde, que l'on fût autorisé à éluder ses obligations, en ne les exécutant pas. Le système du droit français est donc plus raisonnable, que celui du droit romain; il a ses bases dans les rapports de moralité, qui doivent exister entre les hommes.* Disc. publ. VI. p. 6.

debiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport a cette chose, de les céder à son créancier..". Nur braucht in solchen Fällen, damit Eigenthum übergehe, zum Versprechen des Schuldners keine Tradition, sondern nur eine vom Gläubiger acceptirte Erklärung, daß es übergehen solle, hinzuzutreten.

Der Jurisprudenz des C. N. machen diese Artikel unüberwindliche Schwierigkeiten. Auch sie lehrt, daß das Eigenthum übergehe „par le seul effet des obligations", auch sie will damit nur gesagt haben, daß der bloße Vertrag, daß es übergehen solle, die Kraft habe, es zu übertragen[22]), aber sie hat nun ganz und gar die Erinnerung daran verloren, daß die obligation de donner nicht bloß durch einen solchen Vertrag, daß sie auch durch einen rein obligatorischen begründet werden könne. So wunderbar das klingt, so wahr ist es. Wie ist es zu erklären, fragen Alle, daß die Art. 1238, 1303, 1867 von obligations de donner reden, und doch voraussetzen, daß das Eigenthum noch nicht übergegangen sei? In der Note sind die verschiedenen Versuche näher angegeben, welche man gemacht hat, um diese Schwierigkeit zu heben[23]); das einfache und so nahe liegende Wort der Lösung hat Niemand gefunden.

Haben nun hier die Schriftsteller des C. N. den eigentlichen obligatorischen Vertrag ganz vergessen, so sind sie an

---

22) Siehe jedoch unten S. 344.

23) Der Art. 1238 wird allgemein nur in den Fällen für anwendbar erklärt, wo eine unbestimmte Sache den Gegenstand des Vertrages bilde; so von Delvincourt (II p. 36), Toullier (VII. n. 460; VII. n. 6. 7. erklärt er den Widerspruch für unauflöslich), Duranton (X. n. 432), Troplong (Vente n. 46), Boileux (II. p. 590); Zachariae (II §. 316) fügt noch den Fall hinzu, wo ein Dritter für den Schuldner zahle; wobei denn nur das wunderbar ist, daß man nicht einmal an den Fall der nicht vertrags-

einer andern Stelle in eine andere Verwirrung dadurch gerathen, daß sie das für den obligatorischen Vertrag Geltende auf die aus dem dinglichen Vertrag entstehende s. g. obligation de donner übertragen haben. Nach dem Art. 1138 soll die obligation de donner den Gläubiger zum Eigenthümer der zu liefernden Sache machen „dès le moment, où elle a dû être livrée". In dieser Bestimmung findet die Jurispru-

---

mäßigen Obligationen gedacht hat. Den Art. 1303 geben Toullier (VII. n. 476), Troplong (l. c.) und Zachariae (I. §. 180 Note 3) auf, Troplong erklärt ihn für eine „distraction du législateur et le débris d'une théorie, qu'il voulait renverser", und ähnlich drücken sich die beiden andern aus. Duranton (XII. n. 494) begnügt sich zu sagen, „que son application est devenue assez rare par l'effet du nouveau principe, que la propriété est transférée par le seul consentement". In gleicher Weise urtheilt Zachariae (II. §. 384 Note 5) über den Art. 1867, Troplong erklärt ihn für eine Ausnahme, Delvincourt (II. p. 593 i. f.) glaubt, er rede von dem Falle, wo Jemand eine fremde Sache einzuschießen versprochen habe, Boileux (II p. 443) will ihn auf diesen Fall, oder auf den Fall, wo unter einer Suspensivbedingung versprochen sei, Toullier endlich (VII. n. 451 — 59) und Duranton (XII. n. 498 — 500) wollen ihn auf den Fall beschränken, wo Jemand eine Sache nicht einzuschießen, sondern herzugeben versprochen habe, damit sie mit einer Sache des andern Contrahenten zusammen verkauft werde. Es ist das der Fall der l. 58 D. pro socio, welche allerdings dem Artikel, der im projet den jetzigen Art. 1867 vertrat (III. 14. Art. 57), seinen Inhalt gegeben hat (Pothier société n. 144). Aber daß der Art. 1867 von diesem Falle nicht redet, zeigt seine Fassung, und zeigen noch mehr die Bemerkungen des Tribunats, aus denen diese Fassung hervorgegangen ist (disc. part. VI. p. 211). — Jourdan endlich (Thémis V. p. 481 s.) ist nicht abgeneigt, umgekehrt die Art. 711 und 1138 den Art. 1238, 1303 und 1867 aufzuopfern und den Satz aufzustellen, daß das Eigenthum durch den bloßen Willen der Partheien, ohne Tradition, nicht übergehe, und wird darin nur durch die Betrachtung zweifelhaft gemacht, daß der C. N., wie er annimmt, zum Eigenthumsübergang außerdem noch Transscription (bei Immobilien natürlich, von denen hier allein die Rede sein kann) erfordere.

denz des C. N. einen Widerspruch mit der Regel des Art. 1185: „Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution". Der Gläubiger erwirbt durch das Herankommen des dem Vertrage hinzugefügten dies nicht ein neues Recht, sondern nur die Befugniß, das bereits erworbene geltend zu machen; also, sagt man, kann er auch im Falle des Art. 1138 nicht erst durch das Herankommen des Lieferungstages Eigenthümer werden. Und deswegen geben denn alle Ausleger den Worten „dès le moment, où elle a dû être livrée" den Sinn: von dem Augenblicke an, wo die Verpflichtung zu geben existent geworden ist, d. h. von dem Augenblicke des geschlossenen Vertrages [24]). Nun liegt es aber auf der Hand, wie sehr diese Erklärung den Worten des Gesetzes Gewalt anthut, überdies widersprechen ihr die Discussionen [25]). Aber sie ist auch weder nothwendig noch zulässig, sobald man nur festhält, daß der C. N. nicht von dem obligatorischen, sondern von dem dinglichen Vertrage redet. Wenn Jemand eine Sache an dem oder dem Tage zu geben verspricht, so hat er nicht erklärt, daß er Schuldner werden, sondern daß er Schuldner sein wolle, deswegen ist er von dem Moment des Vertrages an obligirt. Wenn A. mit B. darüber einig wird, daß dieser das Eigenthum seiner Sache vom 1. Januar des künftigen Jahres an haben solle [26]), so hat er damit nicht

24) Delvincourt (II. p. 340), Toullier (VI. p. 202 in der Note), Duranton (VI. n. 420), Boileux (II. p. 503), Zachariae (II. §. 299 Note 16).

25) Portalis, als Redner der Regierung im gesetzgebenden Körper zu Art. 1138: „C'est le consentement des contractans, qui rend parfait l'obligation de livrer la chose. Il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire, *aussitôt que l'instant, où la livraison doit se faire, est arrivé*".

26) Der C. N. denkt, wie gesagt, unmittelbar nur an den Kaufver-

erklärt: du sollst Eigenthümer jetzt sein, sondern: du sollst Eigenthümer künftig werden, also erwirbt B. auch nicht früher Eigenthum [27)] [28)].

trag, und bestimmt durch die fraglichen Worte im Speziellen die Wirkung des Verkaufs (einer individuellen Sache) auf Lieferung. „Ich verkaufe dir mein Grundstück für so und so viel; der Antritt erfolgt nach der Ernte". In einem solchen Vertrage findet nun der C. N., wie man sieht, nicht die Erklärung des Willens, daß das Eigenthum der gekauften Sache sogleich, Besitz und Genuß erst später, sondern daß erst mit letzterem auch das Eigenthum auf den Käufer übergehen solle.

27) Es wird zwar allgemein dem Satze, daß der dies a quo nicht den Erwerb, sondern nur die Ausübung des Rechtes suspendire, Geltung fär alle Rechtsgeschäfte beigelegt. Aber ich glaube, daß er nur für die obligatorischen wahr ist. Nur für diese spricht das römische Recht ihn aus (§ 2 J. de V. O., l. 46 pr. D. eod. l. 213 pr. D. de V. S., l. 10 D. de cond. ind.). Bei der Erbeseinsetzung erkennt es ihn gewiß nicht an, sonst würde nicht gesagt werden, daß bei derselben der dies a quo als non scriptus anzusehen sei (§. 9. J. de her. inst., l. 34 D. eod.). Was die Legate angeht, so wird Erwerb derselben auch vor Eintritt des dies nur deswegen angenommen, um ihren Uebergang auf den Erben des vor dem dies sterbenden Legatars vermitteln zu können; denn die Legate, welche auf die Erben nicht übergehen, werden erst mit dem Eintritt des dies erworben (l. 2. 3. D. quando dies). Der Erwerb der Legate vor dem dies hat daher auch keine andere Bedeutung als die, daß die Erben des Legatars an dessen Stelle treten können. Was soll nun bei Uebertragung von iura in re durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden gelten? Gewiß, daß das ius in re nicht eher erworben werde, bis der dies herangekommen sei. Der Natur der Sache ist das einzig gemäß, wie im Texte näher dargelegt worden ist. Was die abweichende Behandlung der Obligationen angeht, so erklärt sich die, wie auch im Texte bereits angedeutet worden ist, wohl so. Wer sub die verspricht, wird in der Regel versprechen: er wolle an dem und dem Tage zahlen; er hat also in der That nicht seine Verpflichtung, sondern das Recht des Gläubigers, sie geltend zu machen, befristet. Bei der Uebertragung von dinglichen Rechten dagegen wird das Recht genannt, nicht die Ausübung desselben, daher auch jenes, nicht diese befristet.

28) Die Interpreten des C. N. führen noch einen andern Grund

Und noch Schlimmeres ist zu berichten. Selbst davon fehlen die Spuren nicht, daß der Satz: „la propriété se transfère par la seule obligation de donner“, geradezu dahin mißverstanden worden ist, daß das Eigenthum auch ohne den Willen der Partheien, daß es übergehen solle, erworben werde! Das zeigt sich namentlich bei der Interpretation des Art. 1589 des C. N.: „Promesse de vente vaut vente“. Während Toullier[29]) und Troplong[30]) gewiß mit Recht behaupten, daß der Satz nicht ohne Einschränkung wahr sei, daß er ohne Einschränkung wahr nur so lange gewesen sei, als der Kaufvertrag nicht unmittelbar Eigenthum übertragen habe, daß die promesse de vente Eigenthum nicht übertragen könne, da sie ja die Erklärung des Willens, daß es übergehen solle, nicht enthalte, — (wobei man sich denn nur von Neuem darüber verwundern muß, daß diese Schriftsteller nach Fällen der Anwendbarkeit der Art. 1238, 1303 und 1867 vergebens gesucht haben:) — will Duranton[31]) der promesse de vente allerdings alle Wirkungen der vente und auch die, daß sie Eigenthum übertrage, beilegen, indem er sich auf den

---

an, warum den fraglichen Worten der Sinn „vom Augenblick des geschlossenen Vertrags an“ gegeben werden müsse, weil sonst nämlich der Art. 1138 mit sich selbst in Widerspruch stehen würde. Denn derselbe sage, daß wie das Eigenthum, so auch die Gefahr der gekauften Sache auf den Gläubiger übergehe „dès le moment, où elle à dû être livrée“, am Schlusse desselben aber heiße es, daß der Gläubiger die Gefahr nicht trage, sobald der Schuldner in mora sei. Aber wo steht denn geschrieben, daß der Schuldner schon durch das Herankommen des Lieferungstages in mora versetzt werde? Der Art. 1139 sagt ja mit klaren Worten das Gegentheil, verlangt Interpellation.

29) IX. n. 91.

30) Vente n. 130.

31) XVI. n. 51. Auch Zachariae (II. §. 349 Note 6) ist nicht abgeneigt, dieser Meinung beizutreten.

Satz beruft: is qui actionem ad rem habet, rem ipsam habere videtur. Derselben Ansicht ist Duvergier[32]. „On trouve", sagt er, „dans la promesse de vente le germe certain et que la volonté du debiteur ne peut détruire de l'obligation de livrer la chose vendue: d'où la conséquence, que la promesse sygnallagmatique de vente vaut vente dans toute l'étendue de l'expression, opère transmission de propriété et met la chose aux risques de l'acheteur". Freilich, setzt er hinzu, wenn das Versprechen auf eine bestimmte Zeit gestellt ist, „il sera impossible, de résister à la force d'une volonté tellement exprimée et de faire valoir sur cette volonté la maxime, que promesse de vente vaut vente". In diesem Falle also soll das Eigenthum erst übergehen, wenn der bestimmte Tag gekommen ist.

VI.

Das Geben in Folge einer Verbindlichkeit, solutionis causa, konnte, wie oben bemerkt wurde, der älteren Jurisprudenz als Vertrag nicht erscheinen, weil es, mit der Tradition des Besitzers nothwendiger Weise verbunden, keine Verbindlichkeit mehr übrig ließ. Dem C. N. könnte es als Vertrag erscheinen, da es mit der Tradition nicht nothwendig verbunden ist. Da es aber mit der Tradition regelmäßig verbunden ist, so faßt er es als ein von derselben Getrenntes nicht auf. Daher findet sich auch keine Spur davon, daß ihm das „paiement" als Vertrag erschiene. Insofern es aber nöthig ist, es für die Theorie des C. N. zu definiren, kann es als Vertrag unbedenklich bezeichnet werden, nicht bloß weil es ein Vertrag wirklich ist, sondern

32) I. n. 124.

auch weil der C. N., wenn er nach der Natur desselben gefragt werden könnte, sich erinnernd, daß der Wille des Empfängers dazu eben so nothwendig sei, als der Wille des Gebers, und daß es an und für sich die Verpflichtung zur Tradition erst erzeuge, es für einen Vertrag ohne Zweifel erklären würde.

Gleicherweise verhält es sich mit dem Geben sub causa, wovon der C. N. als einer besonderen Art des Gebens gar nicht handelt.

Düsseldorf, Wolf'sche Buchdruckerei
Hermann Voß.

Druckfehler.

S. 21 Z. 16 v. o. l. où st. on und déjà st. deja.
„ 32 „ 13 v. u. l. vorzuziehende st. vorzuziehendere.
„ 36 „ 2 v. u. l. au st. aux.
„ 43 „ 2 v. u. setze ein , st. des .
„ 56 „ 11 v. u. l. 46 st. 146.
„ 60 „ 9 v. u. l. Bigot-Preameneu st. Bigot-Priameneu.
„ 68 „ 11 v. u. l. commandée st. commandé.
„ 72 „ 3 v. o. l. rescision st. recision.
„ 83 „ 4 und 5 v. o. l. die erstere st. den letzteren.
„ 95 „ 8 v. u. streiche in.
„ 107 „ 4 v. u. setze — st. =.
„ 125 „ 3 v. u. l. auctor st. autor.
„ 135 „ 6 v. u. l. 475 st. 472.
„ 141 „ 5 v. u. l. 1869 st. 69.
„ 171 „ 5 v. u. l. führt st. führt.
„ 183 „ 14 v. o. l. époque st. équoque.
„ 183 „ 17 und 18 v. u. l. beidemale 472 st. 372.
„ 184 „ 10 v. o. l. Privatunterschrift st. Privatunschrift.
„ 200 „ 2 v. u. l. r'avoir st. n'avoir.
„ 206 „ 12 v. o. l. sont st. s'ont.
„ 230 „ 5 v. o. l. XXXVII st. XXVII.
„ 230 „ 6 v. o. l. 1833 st. 1843.
„ 239 „ 14 v. o. l. législatif st. légisaltif.
„ 250 „ 7 v. u. l. Drittbesitzer st. Drittbesitzer.
„ 255 „ 9 v. u. l. demselben st. denselben.
„ 262 „ 10 v. o. l. hatte st. hat.
„ 273 „ 4 v. u. l. L. 1 st. C. 1.
„ 278 „ 6 v. o. l. obtingat st. oblingat.
„ 291 „ 7 v. o. l. nehme st. nehmen.
„ 304 „ 3 v. o. l. Recht st. Recht.
„ 315 „ 2 v. o. l. 51 st. 52.
„ 320 „ 5 v. o. l. bestritten wie noch jetzt in der römischen.

6

119.3

Otto
Buchbinder
München 8-Stei

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Windscheid, Bernhard

Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte

Düsseldorf 1847

J.gall. 110 w
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10549980-1